

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=ca>

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Facultat de Dret

Departament de Dret Públic i Ciències Historicojurídiques

TESIS DOCTORAL

**LA EXPATRIACIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS SEGÚN
LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL
DERECHO ESPAÑOL**

JESSICA ANDREA ROMERO FUENTES

Director: Dr. Alberto Pastor Martínez

Bellaterra, 2023

A Oscar, con la promesa de recuperar el tiempo que le ha robado este proyecto.

A Gustavo, Sandra, Paulina y Felipe, por su apoyo incondicional en todas mis aventuras.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer sinceramente el respaldo que he recibido de todas las personas que me han acompañado en el proceso de elaboración de esta tesis.

En primer lugar, y como es natural, a mi profesor, Dr. Alberto Pastor Martínez, por aceptar la dirección de este trabajo y por su implicación en mi formación intelectual y profesional durante todos estos años. Ha sido un privilegio contar con sus consejos y aprender de su ejemplo, dentro y fuera de las aulas.

A los profesores del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, por su invaluable apoyo y ejemplar vocación docente. Su aliento en este gran reto académico ha sido determinante para su conclusión.

Con un abrazo fraterno, a mis compañeras y compañeros de trabajo. Su sentido de camaradería, su actitud abierta a las nuevas ideas y su motivación en la defensa de quienes han confiado en nosotros son para mí una inspiración diaria.

A mi familia, amigas y amigos, cuyo afecto y apoyo son la piedra angular de todo lo que he construido.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	16
CAPITULO I. La movilidad internacional de personas trabajadoras y la expatriación como fenómeno multidisciplinario.....	22
1. La movilidad internacional de personas trabajadoras bajo la óptica de la Gestión internacional de recursos humanos.....	22
2. La movilidad internacional de las personas trabajadoras en clave jurídica.....	26
2.1. La movilidad internacional de las personas trabajadoras en el Derecho de la Unión Europea.....	26
2.1.1. Las libertades comunitarias como fundamento jurídico de la movilidad internacional de personas trabajadoras en el ámbito de la Unión Europea.....	26
2.1.2. Las tipologías de movilidad internacional de personas reconocidas por el Derecho de la Unión Europea.	30
2.1.2.1. La movilidad de las personas demandantes de empleo en el territorio de la Unión Europea.....	31
2.1.2.2. La persona migrante intracomunitaria.....	35
2.1.2.3. La persona trabajadora transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.....	37
2.1.2.4. La persona trabajadora multinacional en el ámbito intracomunitario.....	41
2.1.2.5. La persona trabajadora desplazada.....	42
2.2. La movilidad internacional de personas trabajadoras en el derecho español: el concepto jurídico de expatriación.	45
2.2.1. La noción de expatriación y persona trabajadora expatriada en la doctrina española.....	45
2.2.2. Supuestos excluidos del concepto de expatriación.	49
2.2.2.1. Migración, o movilidad <i>para</i> el empleo.	50
2.2.2.2. Expatriación impropia.....	53
2.2.2.3. Movilidad al extranjero sin modificación del elemento locativo. ...	54
2.2.2.4. La impatriación.....	57
2.2.3. Hacia una definición compartida: caracteres comunes de las propuestas doctrinales españolas.....	59
2.2.4. El concepto de expatriación en el ordenamiento español y su relación con las categorías de movilidad intracomunitaria.	64
3. Las fases del desarrollo de la expatriación como base para la sistematización de este estudio.....	67

CAPÍTULO II. La regulación de la expatriación en el ordenamiento jurídico español.	70
1. Fuentes reguladoras de la expatriación.....	70
1.1. El ordenamiento laboral español.....	70
1.1.1. La cuestión de la identificación de la norma aplicable.....	70
1.1.2. El artículo 40 ET como régimen jurídico de las medidas de expatriación o movilidad geográfica internacional.....	77
1.1.3. El artículo 40 ET y la movilidad internacional entre empresas de un grupo. 82	
1.1.4. La orden de expatriación y los derechos de la persona trabajadora establecidos en el artículo 40 ET.....	85
1.2. La autonomía colectiva como fuente reguladora de la movilidad geográfica y, por ende, de la expatriación.....	90
1.2.1. La imposibilidad de utilizar a la negociación colectiva como fuente habilitante de la expatriación.....	90
1.2.2. Los convenios colectivos como fuente reguladora de condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas.	94
1.3. La autonomía individual.....	99
1.3.1. El acuerdo entre las partes o «pacto de expatriación».....	99
1.3.2. La voluntad de la empresa formalizada a través de instrumentos unilaterales generales o colectivos.....	106
2. La cobertura jurídica utilizada para implementar la expatriación de la persona trabajadora y sus problemáticas.....	110
2.1. Expatriación en el seno de la empresa.....	111
2.2. Expatriación con destino a empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.....	113
2.2.1. La prestación de servicios simultánea.	114
2.2.2. Prestaciones de servicios sucesivas.....	116
2.2.2.1. Formalización de distintos y sucesivos contratos de trabajo.....	116
2.2.2.2. El pacto de cesión de contrato.....	124
2.2.2.3. La «puesta a disposición» o «envío en misión» de la persona trabajadora.	126
2.2.2.4. Valoración crítica de las fórmulas jurídicas utilizadas para implementar la expatriación.....	128
2.3. Expatriación con destino a una tercera empresa.....	130
3. Una obligación común a todas las modalidades de expatriación: el deber de proporcionar información adicional por escrito.....	133
3.1. El deber de entregar información adicional a las personas trabajadoras expatriadas y su contenido.	134

3.2. El deber de los Estados miembros de velar por el cumplimiento de la obligación de entregar la información adicional. Mecanismos de protección. ...	139
CAPÍTULO III. La determinación de la competencia judicial y la legislación aplicable en el marco de la expatriación de la persona trabajadora.	142
1. Consideraciones preliminares.	142
2. La determinación de la competencia judicial internacional.	143
2.1. Las normas de determinación del foro del Derecho de la Unión Europea en materia laboral.	147
2.1.1. La competencia judicial según el Reglamento (UE) 1215/2012 o «Reglamento de Bruselas I bis».	147
2.1.1.1. Los foros voluntarios del Reglamento de Bruselas I bis.	151
2.1.1.1.1. La sumisión tácita.	151
2.1.1.1.2. El pacto de sumisión expresa.	153
2.1.1.2. El foro general: el domicilio de la parte demandada.	158
2.1.1.3. Los foros especiales.	163
2.1.1.3.1. Foros establecidos para la persona trabajadora demandante.	163
2.1.1.3.2. Foro establecido para el empresario demandante.	165
2.1.1.4. Reglas sobre litispendencia y conexidad.	166
2.1.1.5. Foro en supuestos de pluralidad de empresarios demandados.	169
2.1.2. El Convenio de Lugano II de 2007.	176
2.1.3. El foro establecido por la Directiva 96/71/CE y su transposición a la Ley 45/1999.	178
2.2. Los convenios internacionales.	181
2.3. Las normas de derecho interno. El artículo 25.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.	183
2.4. Comentarios al sistema de determinación de competencia judicial vigente en España.	186
3. La determinación de la legislación aplicable a la persona trabajadora expatriada desde España.	189
3.1. Ámbito temporal de las reglas de conflicto en materia de legislación aplicable y su aplicación a la expatriación de las personas trabajadoras.	189
3.2. Las soluciones al conflicto de leyes en el contrato de trabajo según las normas comunitarias: el «Reglamento Roma I».	190
3.2.1. Las reglas del artículo 8 del Reglamento Roma I.	194
3.2.1.1. Artículo 8.1 RRI. La autonomía de la voluntad o <i>pactum de lege utenda</i> como regla de base.	194
3.2.1.2. Artículo 8.2 RRI. La regla de la ley del lugar en que se ejecuta habitualmente el trabajo o <i>lex loci laboris</i>	198

3.2.1.3.	Artículo 8.3 RRI. La regla del lugar de celebración del contrato o <i>lex loci celebrationis</i> .	204
3.2.1.4.	Artículo 8.4 RRI. La regla de vínculos más estrechos como cláusula de escape.	206
3.2.2.	Las leyes de policía como límite a la aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo.	209
3.3.	Soluciones al conflicto de leyes proporcionadas por el derecho interno.	213
3.3.1.	Regla del artículo 10.6 del Código Civil.	213
3.3.2.	La ¿derogada? regla de conflicto del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores.	215
3.4.	Competencia judicial internacional y legislación aplicable en supuestos de expatriación a terceros Estados.	217
4.	La situación del Reino Unido en su nuevo estatus de tercer Estado.	220
CAPÍTULO IV. Las normas extranjeras aplicables a la persona trabajadora expatriada.		224
1.	El país de destino como factor determinante de las normas aplicables al episodio de expatriación.	224
2.	Expatriación en el seno de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.	226
2.1.	La Directiva 96/71/CE como norma reguladora del régimen jurídico de la persona trabajadora expatriada en el ámbito comunitario.	226
2.1.1.	Configuración general de la Directiva 96/71/CE en su actual redacción.	230
2.1.1.1.	Finalidad de la Directiva y mecanismo para la determinación de la legislación aplicable.	230
2.1.1.2.	Ámbito objetivo de la Directiva.	231
2.1.1.3.	Ámbito personal de la Directiva.	237
2.1.1.4.	Tipologías de desplazamiento contempladas por la Directiva.	239
2.1.1.5.	La superación de la discusión referida a la interpretación del Anexo de la Directiva 96/71/CE.	241
2.1.1.6.	La Directiva de desplazamiento de trabajadores, ¿una norma de estándares máximos de protección?	244
2.1.2.	Fuentes reguladoras de las condiciones laborales garantizadas por la Directiva 96/71/CE.	247
2.1.3.	El núcleo duro de condiciones laborales garantizadas.	251
2.1.3.1.	Las garantías referidas a determinadas condiciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo.	255
2.1.3.1.1.	La delimitación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso como presupuesto para la aplicación de la garantía.	257

2.1.3.1.2.	Los periodos mínimos de descanso diario y semanal y el límite máximo de trabajo en cómputo semanal.....	260
2.1.3.1.3.	La duración mínima de las vacaciones anuales.....	264
2.1.3.2.	La garantía de la remuneración y el incremento por horas extraordinarias.....	267
2.1.3.2.1.	La determinación y delimitación del salario mínimo por la jurisprudencia comunitaria.....	268
2.1.3.2.2.	La evolución de la garantía: El concepto de remuneración y su contenido.....	276
2.1.3.2.3.	La remuneración de las horas extraordinarias.....	281
2.1.3.2.4.	Supuestos de inaplicación de la garantía a la remuneración.....	282
2.1.3.3.	Garantía a las condiciones de trabajo durante el desplazamiento de personas trabajadoras cedidas a una empresa usuaria.....	285
2.1.3.4.	Garantía a la aplicación de normas referidas a la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.....	294
2.1.3.5.	Garantía a la aplicación de medidas de protección referidas a las condiciones de trabajo de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y de los niños, niñas y jóvenes.....	302
2.1.3.6.	Garantía a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.....	309
2.1.3.6.1.	Igualdad de trato entre hombres y mujeres.....	310
2.1.3.6.2.	Normas antidiscriminatorias en materia laboral.....	319
2.1.3.7.	Garantía de la aplicación de disposiciones referidas a las condiciones del alojamiento de las personas trabajadoras, proporcionado por el empleador.....	324
2.1.3.8.	Garantía de aplicación de disposiciones relativas a los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención.....	326
2.1.4.	La figura del desplazamiento de larga duración y su incidencia en las condiciones laborales de la persona trabajadora expatriada.....	330
2.1.5.	Los mecanismos para el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE.....	334
2.1.5.1.	Mecanismos de cumplimiento directo: las garantías establecidas por la Directiva 2014/67/UE.....	336
2.1.5.2.	Medidas indirectas para asegurar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE: la entrega de información y el control de los desplazamientos.....	343
2.1.6.	Algunas consideraciones con relación a las Directivas de desplazamiento.....	352
3.	La aplicación extraterritorial de la legislación española y normas aplicables a las personas trabajadoras expatriadas a un destino extracomunitario.....	356
3.1.	Las normas de Derecho internacional público.....	359

3.1.1. Un núcleo de derechos humanos laborales: los principios y derechos fundamentales en el trabajo y los derechos de carácter laboral en los instrumentos de derechos humanos.....	359
3.1.2. El derecho a la igualdad de trato de la persona trabajadora migrante en los tratados internacionales.	368
3.2. Los acuerdos marco internacionales como instrumentos para regular las relaciones laborales transnacionales del futuro.....	372
CAPÍTULO V. La conclusión del episodio de expatriación o asignación internacional.	381
1. La ley aplicable a la conclusión de la asignación internacional.	381
2. Las causas de finalización del episodio de expatriación.....	382
2.1. El vacío normativo en relación con el plazo máximo de la asignación internacional.....	382
2.2. Las causas de finalización del episodio de expatriación. Análisis particular.	385
2.2.1. Causas establecidas en el convenio colectivo español de aplicación.	386
2.2.2. Causas de finalización de la expatriación con fundamento en el ejercicio de la autonomía individual de las partes.	388
2.2.2.1. La «localización» de la persona trabajadora en el país de destino.	388
2.2.2.2. Causas consignadas por las partes o establecidas en el pacto de expatriación.....	390
2.2.3. El fin del episodio de expatriación como consecuencia de la aplicación de disposiciones legales españolas o del país de destino.....	398
2.2.3.1. El fin de la expatriación como resultado de la extinción del contrato de trabajo principal.	398
2.2.3.2. La finalización de la misión como consecuencia del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de la persona trabajadora.	407
2.2.3.3. La imposibilidad de prestación de servicios en el país de destino por modificación o incumplimiento de su legislación.....	411
2.2.4. La asignación de una nueva misión internacional.....	413
2.2.5. La finalización de la expatriación como consecuencia de la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo por motivos vinculados a la conciliación familiar.	415
3. El retorno de la persona trabajadora expatriada a España.....	420
3.1. Derechos y obligaciones relacionados con el retorno de la persona trabajadora expatriada.....	421

3.1.1. El descanso compensatorio por el desplazamiento en los supuestos de adopción de una medida de movilidad geográfica.	421
3.1.2. La cuestión de la obligación de facilitar el retorno de la persona trabajadora al lugar desde el cual ha sido expatriada.	424
3.1.3. La inseguridad jurídica en el nivel funcional de la persona trabajadora tras el fin de la expatriación.....	431
3.2. Las condiciones laborales de la persona trabajadora tras la expatriación. 435	
3.2.1. La repercusión de la misión de expatriación en los derechos derivados de la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa.	435
3.2.2. El carácter no consolidable de los conceptos retributivos vinculados a la expatriación.....	439
CONCLUSIONES.....	443
BIBLIOGRAFÍA.....	464

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial Provincial
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
DDT	Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios
EEE	Espacio Económico Europeo
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ERE	Expediente de regulación de empleo
ERTE	Expediente de regulación temporal de empleo
ETT(s)	Empresa(s) de trabajo temporal
ISO	International Organization for Standardization
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSHA	Occupational Safety and Health Administration

RBI	Reglamento (CE) N.º 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
RBI-bis	Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento de Bruselas I bis
RRI	Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
RSE	Responsabilidad social empresarial o corporativa
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Como sociedad, estamos asistiendo a una serie de transformaciones que no sólo nos enfrentan continuamente a nuevas circunstancias, sino que también cambian nuestra percepción sobre el mundo y nuestra idiosincrasia. Solemos asociar a este conjunto de transformaciones vertiginosas con la palabra «globalización», concepto que en su definición más simple hace referencia a la interdependencia¹ y que ha representado un cambio estructural de todas las instituciones, desde la familia hasta la soberanía de las naciones².

En el contexto de una economía globalizada, cobra relevancia la idea de la internacionalización de las empresas, expresión que, en su descripción más simple, implica una decisión estratégica en la empresa, referida a dirigirse a mercados geográficos externos a su localización original³. Esta expansión internacional puede convertir a la empresa en una «multinacional»⁴, como se denomina a aquellas empresas que poseen al menos una filial en el exterior⁵.

Por otra parte, se ha sostenido que el acelerado cambio técnico, especialmente en el área de las comunicaciones, ha permitido la fragmentación de las actividades productivas y su ubicación en el espacio⁶, circunstancia que ha otorgado a las empresas varias alternativas en relación con sus formas de producción, pues pueden decidir realizar por sí mismas todas las tareas necesarias para producir el bien final o comprar a otras empresas algunos de los bienes y servicios intermedios.

¹ GIDDENS, Anthony: "El gran debate sobre la globalización". *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*. 2001, N.º 7, p. 67.

² GIDDENS, Anthony: "El gran debate...", ob. cit., p. 67.

³ VILLARREAL LARRINAGA, Oskar: "La internacionalización de la empresa y la empresa multinacional: una revisión conceptual contemporánea". *Cuadernos de gestión*. 2005, Vol. 5, N.º 2, p.56.

⁴ Hemos preferido utilizar el término «multinacional», sin perjuicio que algunos autores también se refieren a este tipo de empresas como «transnacionales».

⁵ VILLARREAL LARRINAGA, Oskar: "La internacionalización...", ob. cit., p. 63.

⁶ ALONSO RODRÍGUEZ, José Antonio: "Fragmentación productiva, multilocalización y proceso de internacionalización". *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. 2007, N.º 838, p. 24.

Asimismo, pueden decidir también entre producir los bienes y servicios intermedios en el propio país o en el extranjero⁷.

Aunque históricamente la segregación de tareas y actividades especializadas ha estado presente en el desarrollo de la economía de mercado, se ha señalado que la novedad que trae consigo esta época es la intensidad del proceso y el hecho que esté asociado a una dispersión geográfica de las tareas⁸. Ello ha contribuido a que el fenómeno de la internacionalización de las relaciones laborales alcance una magnitud e importancia que no tuvo en otros períodos y plantee dificultades a los sistemas normativos existentes, ya que, por ejemplo, las normas de un determinado Estado pueden ser eludidas recurriendo a estrategias de reubicación o subcontratación de la producción a escala internacional⁹.

En otro orden de cosas, se afirma que la tendencia a la globalización de la economía mundial ha tenido también como consecuencia el incremento en la internacionalización del personal¹⁰. Una investigación pionera, con impacto en las que le sucedieron, identificó como motivos principales de la movilidad internacional de las personas trabajadoras el hecho de no contar con personas empleadas cualificadas en el país en que estaba ubicada la filial, la aspiración de las empresas de desarrollar competencias globales en las personas que se desempeñaban en puestos directivos y también la transferencia de conocimiento entre la empresa matriz y la subsidiaria¹¹.

Hoy, sin embargo, pueden añadirse más motivos, tales como la evolución de las comunicaciones o la velocidad de los transportes. A modo de ejemplo, en el

⁷ CANALS, Claudia: "Offshoring y deslocalización: nuevas tendencias de la economía internacional". *Documentos de economía «La Caixa»*. 2006, N.º 3, p. 8.

⁸ ALONSO RODRÍGUEZ, José Antonio: "Fragmentación productiva...", ob. cit., p. 28.

⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "La transnacionalización del derecho del trabajo y las multinacionales españolas", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española: una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Cinca, 2014, p. 86.

¹⁰ WERTHER, William B. y DAVIS, Keith: *Administración de recursos humanos. El capital humano de las empresas*. 6ª Edición. Ciudad de México: McGraw Hill, 2008, p. 58.

¹¹ COLLINGS, David y SCULLION, Hugh: "Global staffing", en STAHL, Günter K. y BJÖRKMAN, Ingmar: *Handbook of research in international human resource management*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 143.

territorio de la Unión Europea, las libertades comunitarias promueven la movilidad internacional de personas trabajadoras, lo que ha tenido como consecuencia el desplazamiento de éstas por parte de las empresas desde Estados miembros con salarios más bajos para prestar servicios en otros Estados e incluso, prácticas fraudulentas como la constitución de empresas sin actividad real en Estados miembros con estándares laborales menos elevados. De tal manera, en la actualidad los sujetos de una medida de movilidad internacional no necesariamente son personas trabajadoras altamente cualificadas o directivas, sino que su movilidad fuera de las fronteras puede constituir una decisión estratégica en términos meramente económicos.

La incapacidad de los ordenamientos nacionales de garantizar por sí mismos los derechos sociales o las condiciones de trabajo, ha llevado a sostener la necesidad del Derecho del trabajo de adaptar sus instrumentos a una dimensión supranacional, mediante la armonización de los principios laborales mínimos comunes y el reconocimiento internacional de derechos fundamentales en materia laboral¹². Sin embargo, esta solución encuentra un gran obstáculo en el hecho que la aplicación de las normas internacionales en materia laboral debe ser refrendada por los Estados¹³. Asimismo, en forma paralela al incremento del poder de decisión de las grandes empresas, se advierte la pérdida de poder de negociación de los sindicatos, en un contexto en el cual estos se enfrentan a la dificultad de elaborar políticas sindicales en un ámbito supranacional¹⁴.

Frente a estos hechos, cobra sentido la reflexión que un autor realiza a propósito de la globalización: la historicidad del ordenamiento jurídico obliga a redefinir el cuadro normativo general desde la nueva realidad, así como a valorar los efectos de las transformaciones generadas por esa nueva realidad en el sistema normativo

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "La difícil coyuntura del derecho del trabajo". *Relaciones Laborales*. 2011, N.º 20 [Edición electrónica].

¹³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "La transnacionalización del derecho...", ob. cit., p. 87.

¹⁴ SASTRE IBACACHE, Rafael: "Algunas claves para un sindicalismo también globalizado", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y GARCÍA LASO, Agustín (Eds.): *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 178-180.

laboral¹⁵. Y es que, en la actualidad, nos encontramos frente a un escenario al cual las consecuencias de la globalización redefinen de diversas maneras.

En relación con la crisis económica que afectó a Europa desde 2008, se señalaba que esta había incidido en la reformulación de las políticas de empleo, de los sistemas de protección social y el diálogo social en la Unión Europea¹⁶, elementos relevantes para el diseño de las directivas comunitarias y de los ordenamientos laborales nacionales. Sin embargo, el panorama social y normativo, fruto de la concreción de soluciones a los nuevos retos que han planteado la situación sanitaria y económica derivada de la pandemia COVID-19 y la guerra en Ucrania resulta toda una incógnita. Por otra parte, el reciente retiro de un Estado miembro de la Unión Europea y las consecuencias que este hecho tendrá sobre quienes han ejercido las libertades económicas que ésta garantiza, desafía a la búsqueda de soluciones en el derecho internacional privado para la movilidad laboral extracomunitaria.

En atención a estas consideraciones, las páginas siguientes se referirán a la movilidad internacional de las personas trabajadoras, analizando las normas españolas y del derecho de la Unión Europea que regulan dicha movilidad, con la pretensión de aportar una perspectiva actualizada e integradora de la realidad social, su marco normativo y el análisis doctrinal.

En cuanto a los objetivos de la investigación, se pretende (i) identificar y describir los diferentes supuestos de movilidad internacional de personas trabajadoras contenidos en la normativa comunitaria y en el ordenamiento español; (ii) reconocer el derecho aplicable a los diferentes supuestos identificados; (iii) establecer de qué manera se integran en la práctica las lagunas en materia de movilidad internacional de personas trabajadoras o movilidad geográfica internacional, y; (iv) analizar las problemáticas que surgen como consecuencia de la aplicación de la voluntad

¹⁵ MERCADER UGUINA, Jesús: "El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y GARCÍA LASO, Agustín (editores): *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 96.

¹⁶ VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel: "Is Europe Losing Its Soul? The European Social Model in Times of Crisis", en VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel (editor): *The european social model in times of crisis and austerity policies*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2014, pp. 21-31.

autónoma o colectiva en la determinación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras sujetos de una medida de movilidad geográfica. Por razones metodológicas, quedará fuera de este análisis el tratamiento de este fenómeno desde la perspectiva de la Seguridad social, puesto que esta materia cuenta con normas propias y específicas, cuyo análisis es un objeto de estudio por sí mismo.

Como punto de partida, en el primer capítulo se expondrán las diversas figuras que se identifican con la movilidad internacional de personas trabajadoras en el campo de las ciencias empresariales. A efectos de contextualizar la movilidad internacional de personas trabajadoras y determinar si alguna de las normas del derecho comunitario ha tenido incidencia en la regulación de la expatriación en España, se analizarán las distintas categorías de movilidad intracomunitaria de personas para, finalmente, indagar el significado del concepto de expatriación en el ordenamiento español. El concepto que se obtenga servirá como punto de referencia para el resto del estudio.

A continuación, el segundo capítulo abordará el tratamiento de la expatriación por la legislación española, así como la integración de sus lagunas a través de la doctrina científica y judicial. Seguidamente, se indagará respecto a las fuentes reguladoras de la expatriación y se estudiarán las distintas alternativas que empresa y persona trabajadora tienen a su disposición para dar cobertura jurídica a la expatriación. El capítulo finalizará con un análisis del deber de proporcionar información adicional por escrito establecido por la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Lo anterior, por cuanto a la fecha de redacción de este estudio aún no ha entrado en vigor la norma de transposición.

El tercer capítulo está dedicado a la determinación de la competencia judicial y de la legislación aplicable a la relación laboral de la persona trabajadora expatriada. Con respecto a la determinación de la competencia judicial internacional se analizan las normas de derecho internacional privado establecidas en el derecho de la Unión Europea, los Convenios Internacionales y las reglas de derecho interno. En lo que se refiere a la determinación de la legislación aplicable, se estudiarán las soluciones proporcionadas por Reglamento (CE) N.º 593/2008 o «Reglamento

Roma I» y las normas establecidas en el ordenamiento español. Por último, se realizará un breve examen de la situación del Reino Unido tras el «Brexit».

En el cuarto capítulo, con la finalidad de determinar las normas que establecen las condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas en uno y otro ámbito, se analizará el régimen jurídico de la relación laboral durante el desarrollo de la expatriación, distinguiéndose entre la expatriación con destino a un Estado miembro de la Unión Europea y aquella con destino extracomunitario. En cuanto conforman el estatuto jurídico de la persona trabajadora expatriada en territorio de la Unión Europea, se ofrecerá un estudio de las Directivas de Desplazamiento, a saber, Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y la Directiva (UE) 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE. Asimismo, se analizará la expatriación a un destino extracomunitario, estudiando la posibilidad de aplicar a la relación laboral la legislación española y los convenios colectivos suscritos a su amparo.

El quinto capítulo identificará las causales de la finalización de la expatriación, así como las distintas problemáticas que se producen en función de la situación que ponga fin al proceso de expatriación. A continuación, se analizarán también los efectos del retorno a España, entre los cuales se examinarán ciertos derechos relacionados con el retorno de la persona trabajadora, así como las condiciones laborales del trabajador retornado.

En definitiva, este estudio pretende ofrecer un panorama general de la expatriación como figura jurídica, así como de las principales normas que regulan las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras expatriadas. Para llevar a cabo esta investigación, se han examinado textos normativos internacionales, europeos y españoles, examen que se complementa con el análisis de la doctrina científica y judicial, ejemplificando en la medida de lo posible con las normas convencionales que resulten pertinentes en cada caso. Lo anterior, con la finalidad de ofrecer una exposición actualizada con el análisis de las últimas normas en vigor, que pueda significar un aporte para el estudio doctrinal de este fenómeno.

CAPITULO I. La movilidad internacional de personas trabajadoras y la expatriación como fenómeno multidisciplinario.

1. La movilidad internacional de personas trabajadoras bajo la óptica de la Gestión internacional de recursos humanos.

En la actualidad, y en contraste con la visión tradicional de la gestión de personal como un factor de costos, se identifica a las personas trabajadoras de la empresa como portadores de potencialidades movilizables a favor de los objetivos estratégicos de ésta, o, en otras palabras, fuente de ventajas competitivas¹⁷.

Bajo ese paradigma, una investigación pionera en el campo de la Gestión internacional de Recursos Humanos identificó entre los motivos principales para utilizar transferencias internacionales de personal, razones tales como la falta de personal local calificado en la empresa subsidiaria o el deseo de desarrollar competencias globales individuales en sus directivos, así como también la transferencia de conocimiento entre la matriz y la subsidiaria¹⁸. Estas transferencias internacionales de personal se relacionaban con la figura clásica del «expatriado» que, sin una definición formal, era asumida por lo general, como aquella persona trabajadora definida como tal por su empleadora, –generalmente directivos o personas en puestos cualificados– enviada en asignación temporal a otro país y que disfrutaba de condiciones laborales mejoradas¹⁹.

Sin embargo, los cambios en el entorno macroeconómico, en las organizaciones y también las percepciones personales de las personas empleadas respecto al trabajo y la carrera profesional, han transformado sustancialmente el trabajo internacional y así, se han desarrollado diferentes figuras que se desvían de la

¹⁷ KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN ARTILES, Antonio: Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales. Madrid: Delta Publicaciones, 2007, p. 68-69.

¹⁸ COLLINGS, David y SCULLION, Hugh: “Global staffing”, ob. cit., p. 143.

¹⁹ MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s) of expatriate. Establishing boundary conditions for business expatriates”. *The International Journal of Human Resource Management*. 2016 [edición electrónica].

noción clásica de expatriación²⁰, esto es, una persona trabajadora destacada temporalmente y con asiento en otro país. Así, frente a la concepción tradicional de movilidad internacional, han surgido otros tipos de personas trabajadoras internacionales, tales como «*frequent flyers*», «*flexpatriates*», «*international commuters*» y «*short-term assignees*»²¹.

Mientras los «*frequent flyers*» o «*business travelers*» («viajeros frecuentes» o «viajeros de negocios») son descritos como personas trabajadoras que pueden pasar mucho tiempo en el extranjero, pero muy poco tiempo en cualquier otro país²², los «*flexpatriates*» («flexpatriados») se caracterizan por la duración más prolongada de sus viajes de negocios²³⁻²⁴. En un sentido similar, los «*international commuters*» («viajeros internacionales») son personas trabajadoras que viajan regularmente, a menudo en forma semanal o bi-semanal, mientras su familia permanece en su país de residencia²⁵. Por otra parte, en virtud de un «*short-term assignment*» («asignación de corto plazo»), las personas trabajadoras permanecen en el extranjero por un periodo de tiempo mayor que un viaje de negocios, aunque la duración de su estadía generalmente no sobrepasa el periodo de un año²⁶.

²⁰ MAYRHOFER, Wolfgang; SPARROW, P. y ZIMMERMANN, Angelika: "Modern forms of international working", en DICKMANN, Michael; SPARROW, Peter y BREWSTER, Chris (editores): *International Human Resource Management: A European perspective*. Londres: Routledge, 2006, p. 6.

²¹ Si bien se proporciona una traducción propia, hemos preferido conservar también las expresiones con que se denomina a estos trabajadores en el idioma anglosajón, debido a que no cuentan con una traducción oficial al castellano en el lenguaje académico.

²² SUUTARI, Vesa y BREWSTER, Chris: "Beyond expatriation: Different forms of international employment", en SPARROW, Paul (ed.): *Handbook of International Human Resource Management: Integrating people, process and context*. Chichester: Wiley Editors, 2009 [edición electrónica].

²³ MAYRHOFER, Wolfgang; SPARROW, P. y ZIMMERMANN, Angelika: "Modern forms...", ob. cit., p. 8.

²⁴ Por motivos de claridad conceptual, decidimos presentar a los «*frequent flyers*» y a los «*flexpatriates*» como distintos tipos de empleados internacionales. Lo anterior, por cuanto se ha sugerido que deberían estudiarse como conceptos separados. Véase MAKELA, Liisa; SAARENPÄÄ, Katy y MCNULTY, Yvonne: "Flexpatriates, short-term assignees and international commuters", en MCNULTY, Yvonne y SELMER, Jan (editores): *Handbook of Expatriates*. Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 277.

²⁵ MAYRHOFER, Wolfgang; SPARROW, P. y ZIMMERMANN, Angelika: "Modern forms...", ob. cit., p. 8.

²⁶ MAKELA, Liisa; SAARENPÄÄ, Katy y MCNULTY, Yvonne: "Flexpatriates, short-term assignees...", ob. cit., p. 278.

A las categorías antes señaladas, se agregan los «*global careerist*» («expatriados de carrera»), trabajadores o trabajadoras que se comprometen a trabajar en un contexto internacional por un largo plazo y que enfrentan varios traslados internacionales durante su trayectoria profesional²⁷. Asimismo, se ha desarrollado el término «*self-initiated assignees*» para designar a las personas trabajadoras que se trasladan al extranjero por propia iniciativa, en vez de ser asignados o patrocinados por su empleadora²⁸. Cabe advertir que estas tipologías pueden recibir denominaciones distintas dependiendo de los estudios que se refieran a ellas y, del mismo modo, también se les puede otorgar otros nombres por parte de las empresas.

En el lenguaje académico de la Gestión internacional de Recursos Humanos, los empleados internacionales también reciben diversas denominaciones, atendiendo a la nacionalidad de la persona trabajadora y en relación con el país al que será asignado. Así, se distingue entre «nacionales del país de origen» de la multinacional («Parent Country Nationals»), «nacionales del país anfitrión» («Host Country Nationals») para designar al personal originario del país en que se instala la filial de la empresa y «nacionales de un tercer país» («Third Country Nationals»), esto es, aquellos trabajadores o trabajadoras cuyo país de origen no es el de la multinacional ni aquel en que se encuentra establecida la filial²⁹. También se habla de «impatriados» («Impatriates») para designar a las personas trabajadoras provenientes del país en que se encuentra establecida la filial y que son asignados a puestos de trabajo ubicados en el país de origen de la multinacional, sea de forma permanente o semi-permanente³⁰.

Pese a la profusa literatura sobre los expatriados en este campo, algunos advierten que existe una confusión conceptual, que tiene su origen en la carencia de una definición adecuada, la falta de rigurosidad en su aplicación y/o la diferente

²⁷ SUUTARI, Vesa y BREWSTER, Chris: "Beyond expatriation...", ob. cit.

²⁸ SUUTARI, Vesa y BREWSTER, Chris: "Beyond expatriation...", ob. cit.

²⁹ BASTIDA DOMÍNGUEZ, María: "El capital humano internacional como fuente de ventaja competitiva". Boletín económico de ICE, Información Comercial Española. 2007, N.º 2019, pp. 65-66.

³⁰ BASTIDA DOMÍNGUEZ, María: "El capital humano...", ob. cit., p. 65.

denominación utilizada para investigar los mismos fenómenos³¹. A efectos de aminorar dicha confusión, y a partir de una revisión de las investigaciones sobre el tema, se han identificado cuatro condiciones que, interrelacionadas, caracterizan al prototipo de persona trabajadora expatriada: (i) debe estar empleado por una organización; (ii) el traslado al país de acogida debe tener una duración prevista; (iii) la adquisición de la ciudadanía en el país de acogida hace perder el estatus de expatriado o expatriada, y; (iv) debe tener residencia legal en el país de acogida³². Unos requisitos contruidos en el ámbito de este campo de estudio, que como se verá, no son plenamente coincidentes con los que se defenderán desde una perspectiva jurídica.

A partir de dichas características clave, se ha propuesto definir a los «expatriados de negocios» como las *“personas que trabajan en forma legal y que residen temporalmente en un país del cual no son ciudadanos, con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su carrera profesional y que son trasladados al extranjero por una organización, por propia iniciativa o contratados directamente en el país de acogida”*³³. Este planteamiento reconoce que adoptar tal definición deja fuera de su ámbito a ciertas modalidades de asignación internacional, pero advierte que el establecimiento de límites es vital para el análisis académico³⁴.

Desde un punto de vista metodológico, concordamos en la necesidad de establecer definiciones para el posterior desarrollo de una teoría. En efecto, el análisis académico no puede prescindir de la realidad social si pretende que sus hallazgos resulten útiles. Por este motivo, la breve descripción que contienen los párrafos precedentes respecto al tratamiento que desde el entorno empresarial recibe el fenómeno que estudiaremos, permitirá establecer como punto de partida el universo de figuras que requieren de nuestra atención.

³¹ MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s)...”, ob. cit.

³² MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s)...”, ob. cit.

³³ MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s)...”, ob. cit.

³⁴ MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s)...”, ob. cit.

2. La movilidad internacional de las personas trabajadoras en clave jurídica.

2.1. La movilidad internacional de las personas trabajadoras en el Derecho de la Unión Europea.

2.1.1. Las libertades comunitarias como fundamento jurídico de la movilidad internacional de personas trabajadoras en el ámbito de la Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea, la movilidad internacional de personas trabajadoras entre los Estados miembros presenta una importante característica que la distingue de la movilidad con destino extracomunitario: su fundamento es el Derecho de la Unión Europea y su regulación se aborda desde distintas perspectivas. En efecto –y pese a que la integración europea no ha supuesto la creación de un derecho laboral uniforme en los países que la conforman³⁵–, la aproximación de las normativas nacionales para la consecución de objetivos comunes, sumado a la observancia de las libertades económicas comunitarias y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, han creado un marco singular para la movilidad intracomunitaria de personas trabajadoras, tanto en el marco de una relación laboral vigente como en la movilidad para la búsqueda de un empleo, si bien esta última quedará fuera de nuestro análisis.

En una etapa muy temprana del proyecto de integración, y debido a los desequilibrios demográficos causados por las guerras, la movilidad de la mano de obra resultaba necesaria para la recuperación de la economía³⁶. Por esta razón, la entonces Comunidad Económica Europea intentó canalizar y facilitar tales movimientos a través del reconocimiento de la libertad de circulación de trabajadores³⁷. Con miras a dicho objetivo, la libertad de circulación de trabajadores

³⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín: “La Unión Europea y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. *Diario La Ley*. 2016, N.º 8791 [edición electrónica].

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein”. *Relaciones Laborales*. 2009, N.º 15/16 [edición electrónica].

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La libre circulación de los trabajadores...”, ob. cit.

garantizaba a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, el derecho a trasladarse para ejercer un empleo por cuenta ajena en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida³⁸. Establecida hoy en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «TFUE»), esta libertad contiene el derecho a responder a ofertas de trabajo, desplazarse libremente y residir en el territorio de los Estados miembros para ejercer un empleo e incluso permanecer en éste después de haberlo ejercido, pudiendo ser limitado únicamente por razones de orden público o seguridad y salud públicas³⁹. Asimismo, según se verá, la libertad de circulación de trabajadores supone la eliminación de toda discriminación y el derecho a la igualdad de trato, según dispone el artículo 7 del Reglamento (UE) N.º 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

En la actualidad, la finalidad económica de esta garantía de circulación se ha matizado, toda vez que en la actualidad se concibe a la libertad de circulación de trabajadores como una manifestación del derecho de los ciudadanos y ciudadanas de la Unión Europea a circular y residir en el territorio de los Estados miembros⁴⁰. Así pues, con la promulgación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros o «Directiva de Ciudadanía», se

³⁸ PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz: *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. 2ª Edición. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008, p. 84.

³⁹ Artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: "1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública".

⁴⁰ GÓMEZ CABALLERO, Pedro y ZARZALEJO CARBAJO, Mercedes: "La Libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores", en NAVARRO NIETO, Federico; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; GÓMEZ MUÑOZ, José (directores): *Manual de derecho social de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 86.

habla de la libre circulación como un derecho subjetivo vinculado a la condición de persona e independiente de su condición de trabajador o trabajadora⁴¹.

En cualquier caso, es preciso admitir que la Directiva de Ciudadanía subordina la residencia del ciudadano o ciudadana europeo en el Estado miembro de acogida al hecho de no ser una carga para dicho Estado⁴², de modo que el ejercicio de un empleo o la existencia de medios económicos suficientes perviven como factores condicionantes de la movilidad. Al respecto, es importante destacar que un sector de la doctrina ha advertido la confusión en la determinación de los ámbitos de la libre circulación de personas y la libre circulación de trabajadores por parte de la jurisprudencia comunitaria, que puede dar lugar a espacios de discriminación, principalmente en materia de prestaciones sociales⁴³.

Por otra parte, la sentencia en el asunto *Rush Portuguesa*, dictada en el año 1990, puso en evidencia la necesidad de una respuesta comunitaria a los supuestos en que los empresarios desplazaban sus propios trabajadores y trabajadoras al Estado miembro en que prestaban servicios, en el entendido que esta situación no se resolvía adecuadamente mediante la aplicación de la libre circulación de trabajadores⁴⁴. En la resolución de ese caso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –antecesor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁴¹ GÓMEZ CABALLERO, Pedro y ZARZALEJO CARBAJO, Mercedes: “La Libre circulación de los trabajadores...” ob. cit., p. 86.

⁴² TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita: “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores”. *Trabajo y Derecho*. 2016, N.º 23 [edición electrónica].

⁴³ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita: “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales...”, ob. cit. La autora sostiene que la importancia de esta determinación resulta del hecho que la libertad de circulación de trabajadores se regula a través de reglamentos, los que limitan el margen de actuación de los Estados miembros. Así, el margen más amplio que otorgan las Directivas sería conveniente para los Estados miembros, en cuanto les permite ampararse en los espacios de discriminación permitidos por el derecho comunitario a efectos de denegar prestaciones sociales.

⁴⁴ STJUE Asunto *Rush Portuguesa*. 27 de marzo de 1990 (C-113/89), apartados 13 a 15: “ Hay que recordar, en segundo lugar, que el artículo 216 del Acta de adhesión tiene por objeto evitar que, como consecuencia de la adhesión de Portugal, se produzcan perturbaciones en el mercado de trabajo, tanto en Portugal como en los demás Estados miembros, debido a movimientos inmediatos e importantes de trabajadores, y que introduce al efecto una excepción al principio de la libre circulación de los trabajadores, establecido en el artículo 48 del Tratado [...] No es ése el caso, por el contrario, del asunto del litigio principal, en el que se trata del desplazamiento temporal de trabajadores que son enviados hacia otro Estado miembro para efectuar en él trabajos de construcción u obras públicas, en el marco de una prestación de servicios por parte de su empresa. En efecto, tales trabajadores vuelven a su país de origen después de haber concluido su misión, sin acceder en ningún momento al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida”.

(en adelante, «TJUE»)– determinó que el derecho de una empresa a transferir a su personal desde su país mientras se prestan los servicios formaba parte de la libertad de prestación de servicios, sin que el Estado miembro de acogida pudiese imponer condiciones a la entrada de dichas personas trabajadoras⁴⁵. Fue así como a partir de dicho pronunciamiento, el supuesto en que las personas trabajadoras circulan temporalmente junto a sus empresas a otro Estado miembro ha sido considerado una manifestación del ejercicio de la libertad de prestación de servicios, establecida en los artículos 56 a 62 del TFUE.

Sin una definición concreta en las normas que la regulan, la doctrina ha entendido que la libertad de prestación de servicios implica el derecho de las personas nacionales de los Estados miembro, que se encuentran establecidos en un Estado miembro, a ejercer actividades y profesiones –por cuenta propia y con fines lucrativos– en cualquier otro Estado miembro distinto de aquel en que se encuentran establecidas, sin que ese otro Estado miembro exija más requisitos o condiciones de los que exige a sus nacionales⁴⁶. En ejercicio de esta libertad, el prestador de servicios sólo efectúa la prestación temporal de un servicio en otro Estado miembro, sin vocación de permanencia⁴⁷, de modo que las prestaciones laborales de las personas trabajadoras movilizadas por el prestador de servicios también poseen una naturaleza temporal.

De acuerdo con lo expuesto, es posible constatar la existencia de grupos de personas trabajadoras que circulan dentro de las fronteras de la Unión Europea, cuya movilidad tiene como fundamento, bien la libertad de circulación de trabajadores, bien la libre prestación de servicios⁴⁸. A continuación, nos referiremos

⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”. *Relaciones Laborales*. 1999, N.º 23, pp. 78-85.

⁴⁶ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y CASADO RAIGÓN, Rafael (coordinadores.): *Curso de derecho de la Unión Europea*. 2ª Edición. Madrid: Tecnos, 2014, p. 342.

⁴⁷ PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz: *El Mercado Interior Europeo...*, ob. cit., p. 122.

⁴⁸ LOI, Piera: “La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coordinador): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: Editorial La Ley, 2010 [edición electrónica].

a los tipos de movilidad que se derivan del particular marco normativo que ofrece la Unión Europea.

2.1.2. Las tipologías de movilidad internacional de personas reconocidas por el Derecho de la Unión Europea.

En lo que se refiere a las modalidades que admite el tráfico o movilidad intracomunitaria de personas trabajadoras, se ha advertido una distinción clave, en virtud de la cual un primer tipo de movilidad tiene por finalidad la búsqueda de un puesto de trabajo, mientras que, en un segundo tipo, la movilidad es consecuencia del desarrollo de una prestación laboral⁴⁹. Sobre la base de esta distinción, surge la denominación de los fenómenos de «movilidad para el empleo» y «movilidad en el empleo»⁵⁰, si bien se ha sostenido que existirían supuestos intermedios tales como el traslado de una empresa a otro Estado miembro con sus propios trabajadores y trabajadoras o el supuesto en que una persona trabajadora enviada por su empleadora a otro Estado miembro decide romper su vínculo contractual para acceder a un empleo en el Estado al que había sido enviada⁵¹.

Desde una segunda perspectiva, hay quien distingue entre: (i) supuestos en los cuales la persona trabajadora se integra de forma absoluta en el mercado de trabajo y en la sociedad del país de destino; (ii) casos en que el trabajador o trabajadora se integra en el mercado del país de destino pero mantiene fuertes vínculos con el Estado de origen, por cuanto conserva su residencia en dicho Estado, y; (iii) supuestos en los que la persona trabajadora no se integra en el mercado de trabajo y en la sociedad del país de destino, sino que participa temporalmente en éstos⁵². Todas estas alternativas resultan plausibles en el marco de la Unión Europea, dada la supresión de controles fronterizos que dificulten los desplazamientos entre los

⁴⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión Europea", en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p.170.

⁵⁰ LYON-CAEN, Gerard: *Les relations de travail internationales*. Paris: Editions Liaisons, 1991, p. 5.

⁵¹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Derecho aplicable...", ob. cit., p. 171.

⁵² GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Derecho aplicable...", ob. cit., p. 171.

Estados miembros y el objetivo de establecer un mercado único, que hace del fomento de la movilidad un rasgo inherente a las normas comunitarias.

Un tercer punto de vista ha reconocido cinco categorías de personas trabajadoras que se desempeñan fuera de las fronteras nacionales en el ámbito de la Unión Europea, que son: (i) la persona trabajadora demandante de empleo, (ii) la persona trabajadora migrante, (iii) la persona trabajadora transfronteriza o fronteriza, (iv) la persona trabajadora multinacional y (v) la persona trabajadora desplazada⁵³. Sin perjuicio que estas tipologías podrían reconducirse a las clasificaciones anteriores, se utilizarán como base para el desarrollo de los siguientes epígrafes, por cuanto estimamos que se trata de la clasificación que mejor identifica y diferencia los supuestos que admite la movilidad intracomunitaria.

2.1.2.1. La movilidad de las personas demandantes de empleo en el territorio de la Unión Europea.

A la luz de las normas comunitarias, se caracteriza como demandantes de empleo a las personas ciudadanas de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que tienen derecho a exportar su prestación de desempleo o tiene la condición de asimilada legal a persona trabajadora en otro Estado miembro. De acuerdo con las normas comunitarias, las personas nacionales de terceros países solo podrán ser demandantes de empleo si tienen derecho a inscribirse como tales y a ejercer legalmente su actividad en el Estado miembro al que pretenden trasladarse⁵⁴.

Cabe hacer presente que nos hemos visto obligados a prescindir de la definición original utilizada por la doctrina científica española⁵⁵, en cuanto ésta ha quedado

⁵³ ZUFIAUR NARVAIZA, José: “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”. *Relaciones Laborales*. 2006, N.º 21 [edición electrónica], basándose en DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil europeo*. Bruselas: Confederación Europea de Sindicatos, 2011, 117 p.

⁵⁴ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 102, sostienen que el artículo 64 del Reglamento (CE) N.º 883/2004 sería aplicable únicamente a aquellos que tengan derecho a inscribirse como demandante de empleo en los servicios de empleo de otro Estado miembro y a ejercer legalmente su actividad en dicho Estado.

⁵⁵ ZUFIAUR NARVAIZA, José: “La movilidad geográfica...”, ob. cit., definía al trabajador móvil demandante de empleo como “cualquier trabajador o nacional de un Estado del Espacio Económico Europeo (EEE), que, por serlo, tiene derecho a trabajar y residir en otro Estado miembro”.

obsoleta, según se verá, puesto que en la actualidad no todas las personas demandantes de empleo pueden ser consideradas «trabajadoras».

Este supuesto de movilidad internacional tiene su fundamento jurídico en la libre circulación, como se desprende del considerando 32 del Reglamento (CE) N.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, el cual estima necesaria la coordinación de regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo “*para fomentar la movilidad de los trabajadores*”. Por esta razón, el artículo 64 del Reglamento (CE) N.º 883/2004 admite, bajo ciertas condiciones, la conservación de las prestaciones de desempleo del Estado de origen mientras la persona desempleada se desplaza a otro Estado miembro a buscar trabajo⁵⁶.

De acuerdo con lo anterior, podría sostenerse que los elementos que definen esta tipología de movilidad son el hecho de no poseer actualmente un empleo y la posibilidad de acceso a prestaciones de seguridad social en un Estado miembro distinto de aquel en que estaba asegurada. Sin embargo, la posibilidad de acceso a estas prestaciones en el Estado de acogida requiere ciertas precisiones, pues, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TJUE, no todas las personas demandantes de empleo pueden ser considerados «trabajador»⁵⁷, interpretación

⁵⁶ Artículo 64.1 del Reglamento (CE) N.º 883/2004: “La persona desempleada que cumpla los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones y que se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo en él conservará su derecho a prestaciones de desempleo en metálico en las siguientes condiciones y dentro de los siguientes límites:

a) la persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo;

b) la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Se considerará cumplido este requisito durante el período previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo;

c) el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado; los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses;

d) las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique”.

⁵⁷ En este apartado hemos mantenido el masculino «trabajador», en cuanto las Sentencias del TJUE sobre las que se construye esta interpretación hacen referencia al concepto y a su forma plural en género masculino.

que tiene importantes consecuencias a efectos de la caracterización de este tipo de persona trabajadora móvil.

En concreto, el TJUE ha aplicado a los demandantes de empleo las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE o «Directiva de Ciudadanía», relativa al derecho de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y, sobre la base en los preceptos de dicha Directiva, les ha denegado ciertas prestaciones sociales⁵⁸.

En términos generales, la Directiva 2004/38/CE establece un sistema gradual de residencia, de acuerdo con intervalos temporales, intervalos que imponen diferentes condiciones para residir en el Estado miembro de acogida⁵⁹. Asimismo, instituye un régimen jurídico diferenciado que distingue entre aquellas personas que no son consideradas «trabajadores» y quienes sí pueden ser caracterizadas como «trabajadores»⁶⁰⁻⁶¹. Las personas que no son consideradas «trabajadores», tendrán derecho de residencia en la medida que dispongan de recursos económicos suficientes, motivo por el cual no podrán ser candidatas para la

⁵⁸ Nos referimos a la STJUE Asunto García Nieto, de 25 de febrero de 2016 (C-299/2014) y la STJUE *Asunto Alimanovic*, de 15 de septiembre de 2015 (C-67/2014). El *Asunto García Nieto* resolvió una petición de decisión prejudicial relativa a la procedencia de conceder prestaciones de subsistencia establecidas en la legislación alemana a un ciudadano español y su hijo menor de edad, quienes se trasladaron a Alemania para reunirse con la pareja del primero, trabajadora en ese país. El TJUE estimó que el ciudadano español no tenía la condición de trabajador, de modo que no podía acceder a las prestaciones de subsistencia, pues durante los tres primeros meses de residencia, el Estado miembro de acogida puede denegar toda prestación de asistencia social a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia o que no conserven tal condición. Por su parte, en el *Asunto Alimanovic*, el TJUE determinó que un Estado miembro podía denegar ciertas prestaciones sociales a un ciudadano europeo demandante de empleo que había perdido la condición de trabajador, por haber transcurrido el periodo en que puede ser considerado como tal, conforme a la Directiva 2004/38/CE.

Un análisis en profundidad de todos los aspectos tratados en estas sentencias se realiza en: JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales”. Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado. 2015, N.º 2; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2016, N.º 124, pp. 113-141; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita: “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales...”, ob. cit.

⁵⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE (1)”. *La Ley Unión Europea*. 2015, N.º 32 [edición electrónica].

⁶⁰ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social (1)”. *La Ley Unión Europea*. 2015, N.º 22 [edición electrónica].

⁶¹ Es preciso advertir que la jurisprudencia comunitaria no otorga el mismo alcance o contenido al concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2004/38/CE y a la noción de trabajador en el contexto de la libertad de circulación de trabajadores. Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea...”, ob. cit.

concesión de prestaciones sociales⁶². Por su parte, quienes son caracterizados como «trabajadores» a efectos de la Directiva de Ciudadanía –esto es, aquellos que ejercen efectivamente una actividad económica o se encuentran en situación de «asimilado legal a trabajador»– tienen asegurado el derecho de residencia y garantizado su derecho a la no discriminación en relación con las prestaciones de Seguridad social y asistencia social⁶³.

En atención a que el TJUE ha interpretado que es la consideración como «trabajador» a la luz de la Directiva de Ciudadanía la que proporciona acceso a prestaciones sociales al demandante de empleo⁶⁴, las personas que no son consideradas como tales son reputadas ciudadanas económicamente inactivas⁶⁵. En cambio, tendrán la condición de «asimilado legal a trabajador» quienes se encuentren en dos supuestos: (i) las personas ciudadanas europeas –o nacionales de terceros Estados que puedan inscribirse como demandantes de empleo en el Estado miembro de que se trate y puedan ejercer su actividad en el mismo– en situación de desempleo involuntario que han trabajado más de un año en el Estado miembro de acogida, a los que se considera «trabajadores» sin límite temporal, y; (ii) las personas ciudadanas europeas o nacionales de terceros Estados que cumplan los requisitos y que queden en situación de desempleo involuntario, sea que esto ocurra durante los primeros 12 meses de duración de su contrato o por la finalización de su contrato de trabajo de duración inferior a un año, las cuales conservarán la condición de «trabajadores» durante un periodo no inferior a seis meses⁶⁶.

⁶² JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea...”, ob. cit.

⁶³ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea...”, ob. cit. La garantía de no discriminación para los ciudadanos comunitarios que sean considerados trabajadores a efectos de la Directiva de ciudadanía se funda en el artículo 18 TFUE en relación con el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE.

⁶⁴ Señala TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita: “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales...”, ob. cit., que resulta notable la ausencia de argumentación por parte del TJUE en el Asunto García Nieto, respecto a si el caso se resuelve en el ámbito de la libre circulación de trabajadores o la libre circulación. En atención a que la libre circulación se regula a través de la Directiva 2004/38/CE, inferimos que el TJUE ha vinculado el derecho a prestaciones sociales del demandante de empleo con el ámbito de la libre circulación.

⁶⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho Comunitario, libertad de circulación...”, ob. cit., p. 136.

⁶⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho comunitario de residencia...”, ob. cit.

En consecuencia, la movilidad intracomunitaria de las personas demandantes de empleo únicamente incluye en su ámbito de aplicación a aquellas que tengan derecho a exportar sus prestaciones de desempleo –durante el tiempo que perciban dicha prestación– o se encuentren en condición de asimilada legal a trabajador. Desde el momento en que pierdan tal condición, su derecho a residir en el Estado miembro de acogida queda en entredicho, pudiendo incluso arriesgar la expulsión⁶⁷.

Hechas estas precisiones, entendemos que el estatus de persona demandante de empleo en el marco de una movilidad intracomunitaria es eminentemente temporal, por cuanto la consecución de un empleo le encuadrará en alguna de las otras categorías de movilidad comunitaria, o bien, perdería tal calificación con el regreso al Estado miembro del que es nacional o en el que reside. Por el contrario, el hecho de no conseguir empleo significará que en ciertos supuestos, y a efectos de la Directiva de Ciudadanía, la persona dejará de ser considerada «trabajador».

2.1.2.2. La persona migrante intracomunitaria.

A efectos de movilidad internacional intracomunitaria se considera persona trabajadora migrante a aquella *“que ha residido y trabajado en varios Estados miembros y que reside y trabaja en el último de estos Estados miembros”*⁶⁸. Como es posible advertir, a diferencia de la persona trabajadora demandante de empleo –que también se traslada a otro Estado miembro– la persona trabajadora móvil migrante ejerce un trabajo, circunstancia que justifica su residencia en el Estado miembro de acogida.

Este tipo de movilidad tiene su fundamento en la libertad de circulación de trabajadores establecida en el artículo 45 del TFUE, que contiene el derecho a desplazarse y a residir en un Estado miembro a fin de ejercer en él un empleo, así como en su norma de desarrollo, el artículo 7 del Reglamento (UE) N.º 492/2011

⁶⁷ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea...”, ob. cit., estima que los criterios jurisprudenciales del TJUE en los asuntos *Dano* y *Antonissen*, llevan a entender que una persona ciudadana europea económicamente inactiva eventualmente podría ser expulsada del Estado de acogida.

⁶⁸ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 74.

relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Esta última disposición explícita que la persona trabajadora no podrá ser tratada diferente por razón de nacionalidad con relación a las condiciones de empleo y trabajo, además de establecer el derecho del trabajador o trabajadora que ejerce dicha libertad a todas las ventajas sociales y fiscales que el Estado miembro de acogida otorgue a sus nacionales⁶⁹. De lo anterior se desprende que su calificación de persona trabajadora móvil se debe al ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores y no al hecho de que su trabajo implique movilidad entre distintos Estados miembros. Por otra parte, teniendo en consideración que los nacionales de terceros Estados no son titulares de la libertad de circulación, entendemos que no podrían beneficiarse de este tipo de movilidad entre Estados miembros, debiendo obtener autorización de residencia y trabajo en el Estado al cual pretendan migrar.

De conformidad con el artículo 7.1 de la Directiva de Ciudadanía, los ciudadanos y ciudadanas europeas que sean trabajadores en el Estado de acogida tendrán derecho a residir en el mismo por un periodo superior a tres meses⁷⁰. Por regla general, transcurridos cinco años de residencia ininterrumpida se adquiere el derecho de residencia permanente, el cual implica que la persona trabajadora migrante ya no estará sujeta a las condiciones económicas y de trabajo.

Si bien el concepto de persona trabajadora migrante no hace referencia a la nacionalidad de ésta –lo que podría llevar a estimar que la nacionalidad es irrelevante a efectos de la movilidad internacional de personas trabajadoras en el

⁶⁹ Artículo 7 del Reglamento (UE) 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión: “1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

3. Tendrá acceso también a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación o de reeducación, en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.

4. Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros”.

⁷⁰ El artículo 7.1. de la Directiva 2004/38/CE establece que “todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si: a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida”.

ámbito de la Unión Europea– detentar la nacionalidad de un Estado miembro es un requisito para ser titular de la libertad de circulación de trabajadores, y por ende, tener derecho a igualdad de trato en relación a las personas trabajadoras nacionales del Estado miembro de acogida de acuerdo a las normas comunitarias⁷¹. Por lo anterior, se sostiene que los y las nacionales de terceros Estados solo detentan un derecho derivado si son familiares de un ciudadano de la Unión Europea, toda vez que la Directiva de Ciudadanía únicamente otorga el derecho a residir y trabajar en el Estado miembro de acogida a los nacionales de terceros Estados que sean familiares de la persona trabajadora migrante ciudadana de la Unión⁷².

A nuestro entender, la integración en el mercado de trabajo del Estado de acogida y la adquisición del estatus de residente permanente por parte de esta tipología de persona trabajadora, implicará la pérdida del carácter de móvil, por cuanto estas situaciones denotarían la voluntad del trabajador o trabajadora de permanecer en el Estado miembro de acogida de forma definitiva, o al menos indefinida. Por el contrario, el desempleo involuntario de la persona trabajadora migrante verificado con anterioridad a la adquisición de residente permanente, la convertiría en «persona trabajadora demandante de empleo» mientras pudiera considerársele en situación de «asimilada legal a trabajador».

2.1.2.3. La persona trabajadora transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.

En el marco de los estudios referidos a la movilidad de personas trabajadoras en el interior de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo (en adelante, «EEE»), se considera persona trabajadora fronteriza o transfronteriza a aquella que

⁷¹ VALDÉS VERELST, Reyes: “Libertad de circulación de los trabajadores”, en VALDÉS DAL-RE, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 90.

⁷² VALDÉS VERELST, Reyes: “Libertad de circulación...”, ob. cit., pp. 90-91.

“trabaja en un Estado miembro (Estado de empleo) y reside en otro Estado miembro (Estado de residencia)”⁷³.

Al igual que el caso de la persona trabajadora migrante intracomunitaria, esta figura se erige sobre la base del artículo 45 TFUE, puesto que es el ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores la que le permite prestar servicios en un Estado miembro en el que no reside y le protege a través de la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación. En lo que se refiere la calificación de esta figura como persona trabajadora móvil, aquella viene dada por el hecho que la residencia habitual del trabajador o trabajadora se mantiene fuera del Estado de empleo⁷⁴, por lo que una persona trabajadora transfronteriza será quien acceda a un trabajo en un Estado miembro distinto de aquel en que reside o bien, quien se traslada a otro país y su Estado de empleo continúa siendo el Estado de origen.

La importancia de esta categoría viene dada por los efectos del trabajo transfronterizo en materia tributaria y de Seguridad Social. Mientras en el ámbito fiscal, la tributación del trabajo transfronterizo se establecerá por lo general a través de convenios sobre doble imposición⁷⁵, en materia de Seguridad social se establece reglas especiales para las personas trabajadoras que se encuadran en este supuesto, en cuanto pueden acceder a prestaciones en un Estado distinto a aquel en que se encuentran aseguradas.

No obstante, es necesario hacer presente que el artículo 1, letra f) del Reglamento (CE) N.º 883/2004 incluye una definición de «trabajador fronterizo» que diverge de la noción más amplia que se ha entregado precedentemente, pues contiene un criterio temporal para su determinación: será «trabajador fronterizo» aquella persona que *“realiza una actividad por cuenta ajena o propia en un determinado Estado miembro y reside en otro Estado miembro al que regrese normalmente a*

⁷³ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 76.

⁷⁴ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 76.

⁷⁵ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 77.

*diario o al menos una vez a la semana*⁷⁶. A *contrario sensu*, serán personas trabajadoras no fronterizas aquellas que permanecen principalmente en el Estado de empleo y que regresan con una frecuencia inferior a la semanal a su Estado de procedencia⁷⁷. En ese sentido, se advierte que la noción de trabajador fronterizo no implica proximidad geográfica entre el Estado de residencia y el Estado de empleo, pues una persona trabajadora que desempeña su trabajo en Londres y regresa los jueves a su residencia en una ciudad italiana, bien podría ser calificado como trabajador fronterizo⁷⁸.

Aunque el Reglamento (CE) N.º 883/2004 prescribe que en materia de seguridad social la persona trabajadora estará sometida a la legislación del Estado de empleo⁷⁹, el criterio relativo a la frecuencia del retorno que distingue entre personas trabajadoras fronterizas y no fronterizas, obliga a destinar ciertas disposiciones específicas para regular la situación de los trabajadores y trabajadoras fronterizas, pues, como se ha señalado, les afecta más intensamente, en comparación al resto de personas trabajadoras migrantes, el carácter territorialista y la falta de armonización de las normas de seguridad social de los Estados miembros⁸⁰. Por esta razón, las disposiciones del Reglamento (CE) N.º 883/2004 regulan el derecho de las personas trabajadoras fronterizas y de sus familias a acceder a determinadas prestaciones de Seguridad Social tanto en el Estado de empleo como en el Estado de residencia y, en este último caso, por cuenta de la institución competente en el

⁷⁶ Artículo 1, letra f) del Reglamento (CE) 883/2004: “Para los fines del presente Reglamento se entiende por: «trabajador fronterizo»; toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.”

⁷⁷ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 77.

⁷⁸ MIRANDA BOTO, José: “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) 1407/71”, en ARETA MARTÍNEZ, María y SEMPERE NAVARRO, Antonio: *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*. Murcia: Ediciones Laborum, 2009, p. 108, advierte que la noción comunitaria difiere de la noción española de trabajador fronterizo contenida en el artículo 43.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, que los caracteriza como los trabajadores extranjeros que residen en una zona limítrofe y que regresan a su lugar de residencia diariamente.

⁷⁹ Artículo 11.3 letra a) del Reglamento (CE) 883/2004: “La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”.

⁸⁰ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores: “Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)”, en CORREA CARRASCO, Manuel (Coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, p. 402.

Estado de empleo⁸¹. Cabe añadir que el Reglamento (UE) N.º 1231/2012 amplía la aplicación del Reglamento (CE) N.º 883/2004 a los nacionales de terceros países que, únicamente por su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos⁸².

A diferencia de las categorías analizadas anteriormente, el transcurso del tiempo nunca hará que la persona trabajadora transfronteriza pierda su carácter móvil de acuerdo con el Derecho de la Unión, puesto que las disposiciones del Reglamento (CE) N.º 883/2004 no establecen un límite temporal al trabajo transfronterizo. Por otra parte, el traslado de su residencia al Estado de empleo del que no es nacional, le convertiría en una persona trabajadora migrante e, incluso en situación de desempleo total, su inscripción como demandante de empleo deberá realizarse en un Estado distinto a aquel en el que está asegurada, ya que el artículo 65.3 del Reglamento (CE)) N.º 883/2004 impone la inscripción como demandante de empleo en su Estado de residencia y no en el Estado de empleo, pudiendo inscribirse como demandantes de empleo en este último solo si cumplen los requisitos que aquel Estado exija⁸³.

⁸¹ A modo de ejemplo, los artículos 17 y 18 del Reglamento (CE) 883/2004. El artículo 17 del Reglamento establece: "La persona asegurada o los miembros de su familia que residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente disfrutarán en el Estado miembro de residencia de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuvieran aseguradas en virtud de dicha legislación".

Por su parte, el artículo 18 del Reglamento establece: "1. Salvo que en el apartado 2 se disponga lo contrario, la persona asegurada y los miembros de su familia que se indican en el artículo 17 también podrán obtener prestaciones en especie mientras se encuentren en el Estado miembro competente. Las prestaciones en especie serán facilitadas y sufragadas por la institución competente, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si los interesados residieran en dicho Estado miembro.

2. Los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tendrán derecho a las prestaciones en especie durante su estancia en el Estado miembro competente.

Sin embargo, cuando el Estado miembro competente figure en el anexo III, los miembros de la familia de un trabajador fronterizo que residan en el mismo Estado miembro que este solo tendrán derecho a las prestaciones en especie en el Estado miembro competente en las condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 19 [prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia".

⁸² Artículo 1 del Reglamento (UE) N.º 1231/2012: "El Reglamento (CE) N.º 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro".

⁸³ Artículo 65.3 del Reglamento (CE) 883/2004: "Las personas desempleadas a que se refiere la primera frase del apartado 2 [aquellas que en su último periodo de actividad hayan residido en un Estado miembros distinto del Estado miembro competente]deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Si optaran asimismo por registrarse como

2.1.2.4. La persona trabajadora multinacional en el ámbito intracomunitario.

Se ha definido a la persona trabajadora multinacional como el trabajador o trabajadora “*que ejerce simultáneamente su actividad laboral en varios Estados miembro*”⁸⁴.

A diferencia de los supuestos analizados previamente, en esta categoría de movilidad el elemento internacional se manifiesta en la propia relación laboral, en cuanto aquella no se circunscribe a un único Estado de empleo. En efecto, advirtiendo que los Estados en que se desarrolla la prestación laboral no necesariamente coinciden con el Estado de residencia o el Estado en que la empleadora tiene su sede, se sostiene que la figura de la persona trabajadora multinacional también plantea dificultades en materia de legislación laboral, que se añada a las problemáticas en materia de Seguridad social y fiscal⁸⁵.

Esta categoría de movilidad intracomunitaria se diferencia también de los casos estudiados previamente en lo que se refiere al fundamento jurídico de su movilidad. Las personas trabajadoras móviles multinacionales circulan junto a las empresas que les emplean, lo que constituye una circunstancia que el derecho comunitario ha afrontado desde una perspectiva distinta a la libre circulación de trabajadores⁸⁶. En este caso, la persona trabajadora no ejerce una libertad de la que es titular directa, sino que soporta el ejercicio de la libertad económica de la cual es titular su empresario⁸⁷, esto es, la libertad de prestación de servicios⁸⁸, establecida en los artículos 56 a 62 del TFUE.

demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro”.

⁸⁴ ZUFIAUR NARVAIZA, José: “La movilidad geográfica...”, ob. cit.

⁸⁵ DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil...*, ob. cit., p. 89.

⁸⁶ LOI, Piera: “La movilidad de los trabajadores...”, ob. cit.

⁸⁷ LOI, Piera: “La movilidad de los trabajadores...”, ob. cit.

⁸⁸ A modo de ejemplo, el Reglamento (CE) N.º 1073/2009 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) n o 561/2006 (versión refundida) tiene como base jurídica la libre prestación de servicios. En su Considerando 4, esta norma expresa: “La libre

Cabe hacer presente que, en el ejercicio de la libertad económica de prestación de servicios, los derechos de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad se atribuyen al empresario y no a las personas trabajadoras⁸⁹. Asimismo, la determinación de la legislación laboral aplicable al trabajador multinacional requiere la remisión a otras normas del derecho comunitario. En atención a que nos referiremos a estas normas en otro capítulo, por el momento basta con señalar que el Reglamento (CE) N.º 593/2008 o «Reglamento Roma I» establece en su artículo 8 una serie de reglas o criterios para determinar la ley aplicable al contrato individual de trabajo cuando existe un conflicto de leyes.

Por último, es necesario precisar que el trabajador o trabajadora multinacional no perderá su carácter de persona trabajadora móvil por el transcurso del tiempo, a menos que la prestación laboral deje de desarrollarse en distintos Estados o bien, que las circunstancias concretas puedan transformar su prestación en otro tipo de movilidad laboral en el seno de la Unión Europea y el EEE.

2.1.2.5. La persona trabajadora desplazada.

Según la definición proporcionada por el artículo 2 de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, es persona trabajadora desplazada toda aquella que *“durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente”*⁹⁰. De esta manera, el «desplazamiento» denota una movilidad laboral temporal y

prestación de servicios constituye un principio fundamental de la política común de transportes e implica la exigencia de que los mercados del transporte internacional queden abiertos a transportistas de todos los Estados miembros sin discriminación basada en la nacionalidad o en el lugar de establecimiento”.

⁸⁹ LLOBERA VILA, Mireia: “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 48-49.

⁹⁰ Artículo 2 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: “1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «trabajador desplazado» todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente.

2. A efectos de la presente Directiva, el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado”.

sobrevenida que se desarrolla en un ámbito territorial limitado a la Unión Europea y al EEE⁹¹, circunstancia relevante a los efectos de este estudio.

Al igual que en el caso de la persona trabajadora móvil multinacional, el fundamento jurídico de esta figura también es la libertad de prestación de servicios del empresario (artículos 56 a 62 del TFUE), según veremos en los siguientes párrafos. El desplazamiento de personas trabajadoras encuentra su regulación específica en la Directiva 96/71/CE ya mencionada, la cual, al no restringir su aplicación a las personas que tengan ciudadanía europea, permite que pueda considerarse personas trabajadoras desplazadas también a los nacionales de terceros países que tengan residencia legal en un Estado miembro⁹². Para completar la caracterización del desplazamiento de trabajadores y trabajadoras como institución comunitaria, es preciso agregar que, si bien se establece que la prestación laboral del trabajador desplazado debe realizarse por un tiempo limitado en un Estado miembro diferente al habitual, la Directiva 96/71/CE no determina la duración máxima de dicho desplazamiento⁹³.

La naturaleza temporal del desplazamiento se relaciona con el fundamento de la movilidad de las personas trabajadoras desplazadas, que, como se ha dicho, es la libertad de prestación de servicios. En una época anterior a la entrada en vigor de la Directiva 96/71/CE, la jurisprudencia comunitaria había determinado que a las trabajadoras y trabajadores enviados temporalmente por sus empleadores a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no les eran aplicables las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores, toda vez que éstos no pretendían acceder al mercado laboral del Estado de acogida, sino que retornaban a su país una vez concluida la misión⁹⁴. Por ello, en la regulación de la Directiva

⁹¹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio". *Actualidad Laboral*. 2000, N.º 1 [edición electrónica].

⁹² RIBES MORENO, María: "El concepto de trabajador temporalmente desplazado", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 105.

⁹³ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Tráfico intracomunitario...", ob. cit.

⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto Rush Portuguesa. 27 de marzo de 1990 (C-113/89), apartado 15. Esta sentencia se pronuncia sobre el caso de una empresa de construcción y obras públicas establecida en Portugal que, en virtud de un subcontrato con una empresa francesa para construir una línea

96/71/CE, se explicita que el fundamento jurídico de los desplazamientos temporales de las personas trabajadoras es el ejercicio por parte de su empleador de la libertad de prestación de servicios, en cuanto la movilidad de sus trabajadores es necesaria para la realización de tal prestación⁹⁵. A consecuencia de lo anterior, la igualdad de trato con las personas trabajadoras del mercado de trabajo del Estado de acogida estará supeditada a la posibilidad de aplicar las normas de ese Estado, en virtud de las disposiciones de la Directiva 96/71/CE. Sin embargo, y como se verá en los próximos capítulos, en los primeros 12 meses de desplazamiento, la aplicación de las normas del Estado de acogida se reduce únicamente a un conjunto de condiciones de trabajo, denominadas «núcleo duro» de la relación laboral.

En lo que se refiere a la interacción de la figura de la persona trabajadora desplazada con otros tipos de movilidad intracomunitaria, nada impide que una persona trabajadora cuya movilidad se corresponde con otras categorías sea desplazada por su empleador, transformándose temporalmente en una persona trabajadora desplazada. Así, por ejemplo, una persona trabajadora móvil multinacional que se desempeña en varios Estados miembros puede ser desplazada para prestar servicios en un único Estado, periodo de tiempo durante el cual la relación laboral se regirá por la Directiva 96/71/CE.

Por el contrario, el desplazamiento no podría transformarse temporalmente en otro tipo de movilidad intracomunitaria, pues dicha transformación sería incompatible con la pervivencia de la relación laboral en virtud de la cual ha sido desplazado. En todo caso, una persona trabajadora desplazada podría transformarse en una migrante si al extinguirse su contrato de trabajo decidiera iniciar otra relación laboral en el Estado de acogida, o bien en transfronteriza si decide mantener su residencia en un Estado distinto.

ferroviaria en Francia, trasladó desde Portugal a sus trabajadores, manteniendo las condiciones laborales que éstos disfrutaban en el país de origen.

⁹⁵ CASAS BAAMONDE, María: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley", en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, p. 7.

2.2. La movilidad internacional de personas trabajadoras en el derecho español: el concepto jurídico de expatriación.

2.2.1. La noción de expatriación y persona trabajadora expatriada en la doctrina española.

Si en algo coincide la doctrina científica respecto al fenómeno en estudio es en que no se le dedican demasiadas normas jurídicas y que no existe un concepto unívoco para denominarlo⁹⁶. Efectivamente, se ha constatado la utilización indistinta de expresiones tales como «movilidad geográfica», «movilidad transnacional», «movilidad externa», «desplazamiento» o «asignación internacional», entre otras⁹⁷. Sin embargo, la problemática no radica únicamente en la elección de uno de los varios conceptos utilizados para denominar esta realidad, sino que, además, la doctrina científica y judicial le han atribuido diversos significados, los cuales no son necesariamente coincidentes⁹⁸. En atención a que la jurisprudencia aún no ha tenido la oportunidad de determinar el sentido y alcance del concepto –toda vez que en el contexto de las discrepancias derivadas de las medidas o acuerdos de expatriación las partes ya le han otorgado un sentido–, ha de recurrirse a los conceptos y análisis que ofrece la doctrina científica para encontrar significados de los que pueda predicarse cierta generalidad.

Como ya se ha señalado, la reubicación en el extranjero del lugar de prestación de los servicios se caracteriza tanto por la falta de un concepto unívoco para denominarlo, como la pluralidad de significados que tienen las expresiones más utilizadas. Por ello no resultará extraño que existan distintos puntos de partida para analizar el fenómeno de la movilidad internacional de personas trabajadoras, análisis que dependerá de las asunciones necesarias para su desarrollo. Así, por ejemplo, hay quien estima que la expatriación es sólo una de las varias

⁹⁶ En este sentido: LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*. Valladolid: Lex Nova, 2013, p. 214; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación de trabajadores y aspectos jurídico-laborales críticos”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2013, N.º 105, p. 225; MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica de trabajadores: régimen jurídico-laboral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2010, p. 59.

⁹⁷ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 59.

⁹⁸ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 214.

manifestaciones de la movilidad geográfica internacional, entendida esta última como una figura distinta a la institución de la movilidad geográfica⁹⁹.

Advirtiendo que la similitud de los términos no debe subsumirla en la institución establecida en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, «ET»), otra autora conceptualiza la movilidad geográfica internacional como *“todo supuesto de movilidad transnacional en el empleo derivado de una modificación obligacional que altera, como mínimo, el lugar de trabajo sin afectar a la permanencia del vínculo contractual de origen en el marco de una situación privada internacional en virtud de la cual un trabajador presta servicios para su empresa en un tercer país”*¹⁰⁰. Este planteamiento reconoce a la expatriación como una de las manifestaciones de la movilidad geográfica internacional y recuerda que la expresión expatriación implica, en el derecho francés, la imposibilidad de permanecer como beneficiario del sistema de Seguridad social del país de origen, por cuanto el traslado al extranjero tiene una duración prolongada¹⁰¹. Sin desconocer la utilidad del derecho comparado para el análisis de las instituciones, nos parece que, en este caso, la falta de regulación de esta institución en España no permite que el planteamiento francés sea extrapolable a la legislación española, pues tal asunción no tendría un fundamento normativo en este ordenamiento.

Desde una perspectiva similar, se sostiene que en el ámbito jurídico se entiende a la expatriación como *“los supuestos en que un trabajador, empleado en su Estado de origen por una empresa radicada en éste, es enviado por ésta a otro, manteniendo su relación de empleo original”*, si bien se añade que este último aspecto no resulta relevante en la práctica de la dirección de personas¹⁰².

⁹⁹ La consideración de la figura de la expatriación como una manifestación de la movilidad geográfica internacional es planteada por MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 78-79.

¹⁰⁰ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 66.

¹⁰¹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 78.

¹⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, p. 28.

Por el contrario, quienes estiman que esta figura encaja «sin excesivas dificultades» en la institución de la movilidad geográfica regulada por el artículo 40 ET¹⁰³, definen a la expatriación como “*el desplazamiento temporal o definitivo de un trabajador al extranjero*”¹⁰⁴. Asimismo, sostienen que del concepto se desprenden los siguientes elementos: (i) preexistencia de un contrato de trabajo, que se mantiene vigente durante la expatriación y también después de la misma, en caso de que se trate de una expatriación temporal; (ii) que puede ser forzosa o voluntaria; (iii) que puede consistir en un desplazamiento temporal o definitivo, y; (iv) que puede canalizar cualquier necesidad empresarial, cuyo caso más típico probablemente es el desplazamiento en el marco de una prestación transnacional de servicios¹⁰⁵.

Sobre la base del análisis de las prácticas empresariales, se ha definido la expatriación en sentido estricto como “*la movilidad del personal de la plantilla española (i.e. trabajadores adscritos formalmente a la empresa española y precisamente en centros de trabajo españoles) de proyección temporal indefinida o de larga duración, articulada para el cumplimiento de misiones internacionales más complejas*”¹⁰⁶. Esta propuesta considera a la expatriación en sentido estricto como una figura distinta a la «asignación» (o «desplazamiento temporal»), que designa la movilidad del personal cuya duración temporal es limitada y generalmente breve, que tiene por objeto desempeñar gestiones concretas¹⁰⁷.

Por otra parte, en su calidad de sujeto de la expatriación, las definiciones de persona trabajadora expatriada también resultan un aporte para la caracterización del fenómeno, aunque su tratamiento por la doctrina sea igualmente escaso. Al respecto, se ha sostenido que, en un sentido estricto, el concepto jurídico de expatriado (o expatriada) en la legislación laboral hace referencia a las personas trabajadoras subordinadas que mantienen su nacionalidad y el vínculo jurídico con

¹⁰³ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 232.

¹⁰⁴ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 214.

¹⁰⁵ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp. 214-217.

¹⁰⁶ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 229.

¹⁰⁷ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 229.

la empresa de su país de origen, mientras desarrollan una actividad laboral en el país de acogida¹⁰⁸. Seguidamente, se advierte que, en un sentido amplio, algunas legislaciones calificarán como expatriadas a quienes mantengan la condición de persona trabajadora extranjera, sin necesidad de mantener la vinculación con la empresa de origen¹⁰⁹. Desde este enfoque, el concepto de persona trabajadora expatriada se construye a partir de lo dispuesto en el artículo 1.4 del ET, sosteniéndose asimismo que su tratamiento por dicho precepto legal se realiza desde una perspectiva «de salida», al describir a los expatriados como “*los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero*”¹¹⁰.

En efecto, el concepto de expatriación o de persona trabajadora expatriada siempre debe analizarse desde una perspectiva de salida, a efectos de distinguirlo de la «impatriación», según se verá. Sin embargo, el hecho de fundamentar el concepto en el artículo 1.4 ET genera ciertas dudas, por cuanto su derogación tácita, a partir de la entrada en vigor del Convenio de Roma, es un asunto controvertido en doctrina. Asimismo, parece discutible sostener que la condición de persona expatriada dependa de la mantención de una concreta nacionalidad, pues a nuestro entender –y como se analizará más adelante– el aspecto determinante es la necesidad de la persona trabajadora de residir en el extranjero.

Por último, atendiendo a la Directiva 91/533/CEE sobre la obligación de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, en vigor hasta el 31 de julio de 2022¹¹¹ –y reemplazada por la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea–, se ha observado que la norma comunitaria parece proponer una conceptualización de trabajador o trabajadora expatriada como aquella persona

¹⁰⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación”. *Trabajo y derecho*. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

¹⁰⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto...”, ob. cit.

¹¹⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto...”, ob. cit.

¹¹¹ Advirtiéndose que la norma comunitaria perderá vigencia a partir del 1 de agosto de 2022, hemos decidido mantener este análisis, en cuanto constituye un elemento histórico que resulta útil para la interpretación del concepto y que ha mantenido vigor hasta una época muy reciente.

trabajadora que deba ejercer normalmente su trabajo en uno o varios países distintos del Estado miembro cuya legislación o práctica regula el contrato o la relación laboral¹¹². Sin embargo, al no ser posible asignar tal significado al concepto en el ordenamiento español, puesto que la norma española de transposición de dicha Directiva ha evitado utilizar la palabra expatriación¹¹³, desde este planteamiento se sostiene que el significado jurídico-laboral del concepto de persona trabajadora expatriada debe extraerse “*a partir del conjunto de pactos directa o indirectamente ligados a la movilidad, así como a partir de cualquier hecho relevante acaecido en el curso de la relación jurídica*”¹¹⁴. Si bien en esta perspectiva, la configuración de un concepto general de expatriación o de persona trabajadora expatriada no sería posible –pues en cada caso se le otorgaría un significado diferente e igualmente válido– lo cierto es que para llegar a tal conclusión se presupone la existencia de una relación laboral y la relocalización del lugar de trabajo en el extranjero, aspectos que son comunes a otras definiciones.

A partir de estas reflexiones, en los siguientes epígrafes se propondrá una definición en la cual los aspectos comunes que se han detectado confluyan con nuestras observaciones.

2.2.2. Supuestos excluidos del concepto de expatriación.

Antes de establecer el conjunto de características que permiten singularizar la noción de expatriación, corresponde analizar los supuestos que, a entender de la doctrina científica, no forman parte del fenómeno, de manera que constituyen límites a su extensión. La denominación propia y la caracterización que la doctrina ha otorgado a estas figuras, así como razones metodológicas, en pos de una mejor comprensión de nuestro planteamiento¹¹⁵, justifican su tratamiento previo a la construcción del concepto.

¹¹² GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”. *Revista de información laboral*. 2016, N.º 11 [edición electrónica].

¹¹³ La Directiva (UE) 2019/1152 también ha prescindido del uso de la expresión “expatriación”.

¹¹⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: Expatriación de trabajadores..., ob. cit.

¹¹⁵ En este aspecto seguimos a MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 92, quien efectúa una relación de supuestos excluidos de la noción de movilidad geográfica, sin perjuicio de que no

2.2.2.1. Migración, o movilidad para el empleo.

Como se ha señalado, la movilidad internacional de personas trabajadoras admite en la doctrina una distinción entre la movilidad que es consecuencia del desarrollo de una prestación laboral o «movilidad en el empleo» y la movilidad que tiene por objetivo la búsqueda de un puesto de trabajo o «movilidad para el empleo». De acuerdo con esta distinción, las personas trabajadoras migrantes y las personas trabajadoras expatriadas constituyen dos categorías distintas, por cuanto la finalidad que persiguen con la movilidad al extranjero es diversa: mientras unas buscan integrarse al mercado de trabajo del Estado de acogida, otras sólo pretenden una participación temporal en éste¹¹⁶.

Regulando la «movilidad para el empleo», los convenios ratificados por España proporcionan dos definiciones de «trabajador migrante». Mientras el artículo 11 del Convenio N.º 97, de 22 de enero de 1952, sobre trabajadores migrantes (revisado) de la OIT prescribe que trabajadora migrante es *“toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”*¹¹⁷, el artículo 1 apartado 1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante lo define como el *“súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado”*¹¹⁸.

coincidimos en el modo de categorizarlos. A diferencia de la metodología aplicada por la autora, hemos preferido presentar la exclusión de supuestos en forma previa a la construcción del concepto, en cuanto entendemos que la delimitación externa permite comprender qué características no deben formar parte de este.

¹¹⁶ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: “Derecho aplicable...”, ob. cit., p. 171.

¹¹⁷ Artículo 11.1 Convenio N.º 97 OIT (revisado), ratificado por España el 21 de marzo de 1967: “A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”.

¹¹⁸ Artículo 1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, ratificado por España el 29 de abril de 1980: “Para el objeto de este Convenio, el término «trabajador migrante» designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en el un empleo remunerado.

2. Este Convenio no se aplica:

- a) a los trabajadores fronterizos;
- b) a los artistas, incluidos los artistas de variedades y animadores de espectáculos, y a los deportistas, empleados por un período corto, y a las personas que ejerzan una profesión liberal;
- c) a los marinos;

Aunque la definición del Convenio Europeo es más bien lacónica, las exclusiones señaladas por la disposición permiten deducir que esta norma secunda la diferenciación advertida por la doctrina. En efecto, el artículo 1.2 letra f) establece que el Convenio Europeo no se aplicará a *“los trabajadores súbditos de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante, por cuenta de una empresa que tiene su sede social fuera del territorio de dicha Parte”*, lo que en definitiva significa que las normas establecidas para la persona trabajadora migrante no se aplican a las personas que ya tienen un trabajo. Por su parte, si bien el texto del Convenio N.º 97, no excluye expresamente a los trabajadores y trabajadoras expatriadas, la definición es clara al señalar que la persona trabajadora migrante se desplaza a otro país para ocupar un empleo y no en el ejercicio de un empleo. Al respecto, se ha señalado que estos textos, o bien no se concibieron para ordenar en el plano internacional la realidad de quienes se trasladaban a otro país a causa de su empleo, o bien no era su objeto prioritario de atención¹¹⁹. Lo cierto es que, dada la concepción tradicional del trabajador o trabajadora expatriada como una persona trabajadora de alto rango y con condiciones laborales mejoradas, es posible que en la época en que dichos textos entraron en vigor no se considerase necesaria su protección.

En todo caso, se ha advertido que un tercer instrumento supera la concepción clásica de las personas trabajadoras migrantes como personas en búsqueda de ocupación¹²⁰: según el artículo 2.1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el concepto de «trabajador migratorio» denota a *“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que*

d) a las personas que realizan prácticas profesionales;

e) a los trabajadores de temporada; los trabajadores migrantes de temporada son los que, siendo súbditos de una Parte Contratante, realizan un trabajo remunerado en el territorio de otra Parte Contratante, desempeñando una actividad que depende del ritmo de las estaciones, sobre la base de un contrato de duración determinada o para un trabajo determinado, y

f) a los trabajadores súbditos de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante, por cuenta de una empresa que tiene su sede social fuera del territorio de dicha Parte”.

¹¹⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos jurídico-laborales”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 185-186.

¹²⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica transnacional*. Valladolid: Lex Nova, 2000, pp. 26-27.

*no sea nacional*¹²¹. A diferencia de los instrumentos señalados anteriormente, esta norma internacional incluye en su ámbito de aplicación a los «trabajadores itinerantes»¹²², a los «trabajadores vinculados a un proyecto»¹²³ y a los «trabajadores con empleo concreto»¹²⁴, entre otros, tipologías de trabajo que, según se desprende las definiciones aportadas por el propio texto, constituyen casos de movilidad *en* el empleo y no movilidad *para* el empleo.

Aunque esta Convención no ha sido ratificada por ninguno de los países miembros de la Unión Europea –incluyendo España– ni se prevé que se produzca alguna ratificación en un futuro próximo¹²⁵, resulta pertinente esta breve referencia, por cuanto una eventual ratificación de esta eliminaría, a efectos normativos, la distinción entre «movilidad para el empleo» y «movilidad en el empleo». En efecto, para este instrumento, la expatriación –en los términos que ha sido analizada en este estudio– constituiría una especie o subcategoría del género migración, al encontrarse incluida dentro de los supuestos de aplicación de la Convención.

¹²¹ Artículo 2.1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990: “Se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

¹²² Artículo 2.2 letra e) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: “Se entenderá por «trabajador itinerante» todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación”.

¹²³ Artículo 2.2 letra f) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: “Se entenderá por «trabajador vinculado a un proyecto» todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador”.

¹²⁴ Artículo 2.2 letra g) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: Se entenderá por «trabajador con empleo concreto» todo trabajador migratorio:

- i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;
 - ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o
 - iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;
- y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia”.

¹²⁵ En palabras de CRUZ VILLALÓN, Jesús: “La política comunitaria de inmigración”. Relaciones Laborales. 2009, N.º 15/16 [edición electrónica]. Aunque han transcurrido algunos años desde esta afirmación, lo cierto es que al año 2021, esta Convención aún no ha sido ratificada por ninguno de los países de la Unión Europea.

Pese a lo señalado, en la construcción actual del concepto de expatriación y de persona trabajadora expatriada, no puede formar parte la noción de persona trabajadora migrante, sin perjuicio de que la eventual ratificación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares transformaría a la persona trabajadora expatriada en una especie del género trabajador migrante, dejando de constituir una categoría diferente.

2.2.2.2. Expatriación impropia.

Un sector de la doctrina científica ha desarrollado la expresión «expatriación impropia» para referirse al supuesto en el cual la persona trabajadora es contratada para la prestación de servicios fuera del territorio nacional¹²⁶⁻¹²⁷. Al respecto, se señala que no se trata de una expatriación en sentido propio, dada la ausencia de una relación laboral previa al desplazamiento¹²⁸, observándose que su exclusión se justifica en dos argumentos: en primer lugar, porque no puede ser considerada una modificación obligacional de carácter locativo, pues la prestación de servicios en el extranjero constituye su objeto, y en segundo lugar, porque esta relación laboral tiene como característica el que la actividad se lleve a cabo definitivamente en el extranjero y sin expectativas de retorno¹²⁹. Por tales razones, se ha sostenido que este supuesto es más cercano a la movilidad transnacional para obtener un empleo, constituida por los fenómenos migratorios¹³⁰.

Cabe señalar que, la figura de la expatriación impropia puede presentar algunos matices, tales como la contratación de personal proveniente de terceros países a fin de prestar servicios en un destino extranjero o los casos de contratación de

¹²⁶ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 217.

¹²⁷ Algunos autores han preferido omitir esta expresión al referirse al mismo supuesto. En este sentido, MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 93.

¹²⁸ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 217.

¹²⁹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 93.

¹³⁰ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 94.

personal de la plantilla española en el destino extranjero¹³¹. Asimismo, son subtipos de expatriación impropia, tanto la movilidad de las personas trabajadoras contratadas para cubrir funciones y/o rotar por distintos países, así como la contratación para prestar servicios dentro o fuera del país, indistintamente y en régimen de alternancia¹³², que se identifica con el «*global careerist*» («expatriado de carrera»), esto es, una persona trabajadora que es contratada para cubrir distintas asignaciones en diversos países.

Aunque más adelante nos referiremos a la forma jurídica que puede adoptar la orden o el acuerdo de expatriación, interesa señalar que en los casos en que ha existido una relación laboral previa entre empleador y trabajador, para entender que se trata de una expatriación impropia, la relación laboral previa debe haberse extinguido válidamente mediante una novación extintiva. En consecuencia, será la validez de la extinción de la relación laboral la que en definitiva determine si la relocalización del lugar de prestación de servicios en el extranjero es una expatriación impropia o una movilidad internacional incluida en el sentido del concepto de expatriación.

2.2.2.3. Movilidad al extranjero sin modificación del elemento locativo.

Se ha sostenido que los desplazamientos esporádicos realizados por personas trabajadoras en cumplimiento de sus funciones, por períodos breves de tiempo, no afectan a la vertiente locativa de la relación laboral, toda vez que el centro de trabajo original se mantiene como sede principal de ejecución de la función laboral¹³³. En esta tipología encajan las figuras del «*commuter*» («viajero internacional») – persona trabajadora cuyos viajes al extranjero se reiteran, pero sin que cambie su lugar de residencia habitual– y la del «expatriado virtual», esto es, la persona trabajadora que tiende a centralizar el ejercicio de sus funciones internacionales en

¹³¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 229.

¹³² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 229.

¹³³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 113-114.

el lugar de trabajo de origen, complementado con desplazamientos internacionales más o menos habituales¹³⁴.

Si bien se estima que los denominados «simples viajes de trabajo al extranjero» no constituyen una expatriación, resulta discutible el qué se entenderá por periodo breve de tiempo. Aunque en estricto rigor un periodo breve sería aquel que no genere consecuencias fiscales o de seguridad social, lo cierto es que, en el caso de la movilidad en el interior de la Unión Europea, el legislador comunitario parece entender que un periodo breve de prestación de servicios en el extranjero sería aquel que no supere el umbral de un mes. Como se verá en los siguientes capítulos, tanto el artículo 3.3 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹³⁵, como el artículo 7.4 de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea¹³⁶ autorizan a los Estados miembros, tanto a inaplicar la garantía salarial de las personas trabajadoras desplazadas que no sean trabajadoras cedidas por una empresa de trabajo temporal –bajo ciertos condicionantes– si el desplazamiento tiene una duración inferior a un mes, como a eximir a las empresas de la obligación de entregar información adicional, si el periodo de trabajo en otro Estado miembro no supera las cuatro semanas. Así las cosas, y salvo en los casos de desplazamiento de

¹³⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 113.

¹³⁵ Artículo 3.3 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: “Los Estados miembros podrán decidir, previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con los usos y costumbres de cada Estado miembro, que no se apliquen las disposiciones de la letra c) del párrafo primero del apartado 1 [garantía salarial] en los casos a que se refieren las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 1 [desplazamiento en el marco de una contrata o entre empresas del grupo] cuando la duración del desplazamiento de los trabajadores no sea superior a un mes”.

Cabe señalar que la Directiva 96/71/CE establece otros supuestos de inaplicación de la garantía salarial: los montajes en un contrato de suministro de bienes cuya duración no supere los 8 días y los trabajos que los Estados miembros consideren «de poca importancia», siempre que no se trate de actividades del sector de la construcción. De lo señalado es posible inferir que el plazo de un mes constituye el periodo máximo que el legislador comunitario estaría dispuesto a permitir la inaplicación de la Directiva de desplazamiento ante una movilidad internacional.

¹³⁶ Artículo 7.4 Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: “A menos que los Estados miembros dispongan otra cosa, los apartados 1 y 2 [entrega de información sobre Estado al que se desplazará a la persona trabajadora, remuneración a la que se tendrá derecho, divisa en que se pagará la remuneración, prestaciones en metálico, complementos por desplazamiento o reembolso de gastos y enlace al sitio web con información sobre condiciones laborales en el Estado miembro de acogida] no se aplicarán si la duración de cada período de trabajo fuera del Estado miembro en el que el trabajador ejerce habitualmente su actividad es de cuatro semanas consecutivas o menos”.

personas trabajadoras cedidas por una empresa de trabajo temporal (en adelante, «ETT»), podría entenderse que un «periodo breve» que serviría de límite para no considerar a la movilidad internacional del trabajador como una expatriación sería el plazo de un mes.

En el mismo sentido, se ha considerado que la prestación de servicios en empresas fronterizas y la actividad de las personas trabajadoras fronterizas que regresan a su residencia diariamente, tampoco constituyen supuestos de movilidad internacional o expatriación¹³⁷. En relación con las empresas fronterizas, esto es, aquellas cuyas instalaciones están cruzadas por una o varias fronteras nacionales, se sostiene que no es posible entender que la relación de prestación de servicios sufra una modificación locativa, pues el lugar de trabajo se ubica simultáneamente en varios Estados¹³⁸. En lo que se refiere a las personas trabajadoras fronterizas a efectos del ordenamiento español –que de acuerdo con el artículo 43.1 de la Ley Orgánica 4/2000 son definidas como “*los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente*”¹³⁹–, su consideración como expatriadas se descarta por cuanto el elemento internacional se debe a que la persona trabajadora tiene su residencia estable en la zona fronteriza de un Estado limítrofe a aquel en que trabaja y no a una modificación obligacional¹⁴⁰. Por la misma razón, una persona trabajadora fronteriza en los términos del artículo 1 letra f) del Reglamento (CE) N.º 883/2004 –esto es, aquella que regrese a su Estado de residencia con una frecuencia no inferior a una vez por semana–, aunque deba residir en un Estado miembro distinto de aquel en el que trabaja tampoco sería una expatriada, ya que su lugar de trabajo no ha experimentado una modificación.

¹³⁷ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 99.

¹³⁸ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 99-100.

¹³⁹ Artículo 43.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “ Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de seguridad social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”.

¹⁴⁰ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 100-101.

Debemos señalar que el tratamiento conjunto de los casos antes descritos se justifica en que todos los supuestos tienen en común el hecho de que no existe una modificación del elemento locativo del contrato de trabajo. Pese a que sus elementos comunes les descartan como supuestos de expatriación, sí presentan diferencias respecto al modo en que se configura el elemento internacional: mientras los viajes al extranjero por periodos de tiempo breves se realizan por motivos relacionados con la forma de ejecutar el trabajo¹⁴¹, en los otros casos la movilidad internacional se produce por circunstancias de ubicación de la empresa o ubicación del domicilio de la persona trabajadora¹⁴².

2.2.2.4. La impatriación.

En cuanto la prestación de los servicios en el extranjero definitivamente constituye un elemento del concepto de expatriación, lo cierto es que el sentido de lo extranjero dependerá de la perspectiva en que nos situemos. Aunque resulte obvio, bajo la perspectiva del ordenamiento jurídico español, lo extranjero –para efectos de caracterizar el lugar de prestación de servicios– estará constituido por todo el territorio que no sea español. Pero ¿qué sucede cuando la persona trabajadora presta servicios en un país distinto a España y su lugar de trabajo es relocalizado a territorio español? Desde el punto de vista del país en que prestaba originalmente sus servicios y bajo la lógica del concepto español de expatriado, ese trabajador o trabajadora sería considerado una persona trabajadora expatriada. No obstante, bajo la óptica del ordenamiento español recibirá la denominación de «persona trabajadora impatriada», que constituye el reverso de la moneda en relación con la expatriación.

Como se ha señalado, en el campo de la gestión internacional de recursos humanos, el término «impatriación» denota el envío de personas trabajadoras nacionales de un tercer país («Third Country Nationals») o nacionales del país de la filial («Host Country Nationals») a prestar servicios al país de origen de la multinacional. En cambio, desde la perspectiva del derecho laboral español y en

¹⁴¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 114.

¹⁴² MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 100-101.

términos generales, se entiende por «impatriación», la movilidad internacional de personas trabajadoras en dirección de entrada a un país¹⁴³. Al respecto, es posible advertir que, aunque el concepto jurídico-laboral no haga referencia a la nacionalidad de las personas trabajadoras, estos antecedentes sí tendrán importancia en cuanto su régimen de entrada y residencia¹⁴⁴.

Asimismo, es importante destacar que el concepto de la doctrina laboral no debe confundirse con la noción de «impatriación» en la doctrina científica en materia de derecho fiscal español, desarrollada a partir del denominado «régimen de impatriados», régimen especial de tributación que se encuentra establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF)¹⁴⁵. En efecto, desde el punto de vista del derecho tributario español, son «impatriados» aquellas personas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español, y que opten por tributar bajo reglas similares a las aplicables en el impuesto sobre la renta de los no residentes¹⁴⁶.

A grandes rasgos y en lo que se refiere al estatuto jurídico de la persona trabajadora impatriada a España, estimamos que más allá de la verificación de su nacionalidad, interesará determinar si la impatriación constituye o no un desplazamiento de personas trabajadoras en el marco de una prestación de servicio. En caso afirmativo, a la impatriación le será aplicable la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y su norma de transposición en el ordenamiento español, la Ley 45/1999. De lo contrario, y como se verá más adelante, la relación laboral se regirá por la

¹⁴³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 152.

¹⁴⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 152-153.

¹⁴⁵ MENÉNDEZ DE MIGUEL, María: “Régimen fiscal especial para los trabajadores desplazados”. *Quincena Fiscal*. 2015, N.º 18 [edición electrónica].

¹⁴⁶ MENÉNDEZ DE MIGUEL, María: “Régimen fiscal...”, ob. cit.

legislación laboral aplicable según las normas del Reglamento (CE) N.º 593/2008 o «Reglamento Roma I».

2.2.3. Hacia una definición compartida: caracteres comunes de las propuestas doctrinales españolas.

Si bien esta problemática ha recibido poco tratamiento por parte de la doctrina científica laboral española, de las propuestas conceptuales de los autores que se han referido a la expatriación, es posible extraer ciertas coincidencias que, a nuestro parecer, permiten una caracterización general del fenómeno y por ende, la construcción de un concepto común¹⁴⁷.

En efecto, los autores y autoras coinciden en que la expatriación constituye una «movilidad en el empleo», en virtud de la cual la actividad laboral pasa a desarrollarse en el extranjero. Este concepto surge de la distinción entre las migraciones de personas que buscan un empleo y las que se desplazan en el contexto de una relación laboral preexistente, denominándose a la primera «movilidad para el empleo» y a la segunda, «movilidad en el empleo»¹⁴⁸. Como ya se ha señalado, en virtud de la movilidad en el empleo, una persona trabajadora es enviada al extranjero por su empleadora, hecho que implicará la posibilidad de aplicar dos o más órdenes jurídicos al contrato de trabajo¹⁴⁹.

En lo que se refiere al sujeto de la expatriación, es preciso advertir que éste puede ser una persona trabajadora con una relación laboral común o bien un alto o alta directiva. Respecto de estos últimos, nos limitamos a señalar que, si bien los altos directivos pueden protagonizar una asignación internacional, el hecho de que su vínculo con el empleador constituya una relación laboral especial impide un

¹⁴⁷ Desde el campo de la terminología, se entiende por concepto “las construcciones mentales que sirven para clasificar los objetos individuales del mundo exterior o interior a través de un proceso de abstracción más o menos arbitrario” (Norma ISO 704:1987). En otras palabras, los conceptos son el resultado de un proceso de selección de las características relevantes que conforman una clase de objetos. En el mismo sentido, la definición constituye la expresión de las características o propiedades que describen un concepto. Para más información véase: CABRÉ, María: *La terminología: teoría, metodología, aplicaciones*. Barcelona: Antártida/Empúries, 1993, pp. 195-196.

¹⁴⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Dossier práctico Francis Lefevre: Trabajadores en el Extranjero (Desplazados y expatriados): aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*. Madrid: Francis Lefevre, 2002, p. 14.

¹⁴⁹ LYON-CAEN, Gerard: *Les relations de travail...*, ob. cit., p. 5.

tratamiento conjunto con la expatriación de aquellas personas trabajadoras sujetas al régimen laboral, en cuanto a los altos directivos solo se les aplica el ET por expresa remisión del Real Decreto 1382/1985 o en lo que designen los pactos de las partes¹⁵⁰. En efecto, la relación entre la empresa y el personal de alta dirección se caracteriza por su confianza recíproca, regulándose sus relaciones por la voluntad de las partes y, en forma subsidiaria, por la legislación civil o mercantil. Por esta razón, la expatriación de los altos directivos solo puede tener como fuente habilitante a la voluntad autónoma y estará regulada los pactos que se establezcan entre las partes¹⁵¹.

Otro aspecto en el que la doctrina científica coincide es el hecho que la actividad laboral pasa a desarrollarse en el extranjero, circunstancia que da lugar a una situación privada internacional que deriva en la configuración de un estatuto normativo diferenciado, en el cual se ven implicados distintos ordenamientos jurídicos. En cuanto a la calificación jurídica de la relocalización en el extranjero del lugar de trabajo, los autores difieren respecto a su tratamiento, entendiéndolo algunos como una modificación del elemento locativo del contrato de trabajo y otros como una modalidad del contrato de trabajo pactada en un acuerdo posterior. Volveremos sobre este aspecto en los siguientes epígrafes.

Relacionado con el cambio de lugar de trabajo, hemos de señalar que las definiciones no cuestionan si la expatriación implica o no un cambio del lugar de residencia del trabajador o trabajadora al país al que ha sido asignado. En otros campos de estudio, la residencia en el país de acogida es una de las características que distingue a la persona trabajadora expatriada de negocios de otros tipos de movilidad internacional que no constituyen expatriación. A nuestro entender, es

¹⁵⁰ Artículo 3-Dos del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: "Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato".

¹⁵¹ Para un análisis más detallado de la expatriación de altos directivos Vid. CASADO ABARQUERO, Marta: "Delimitación de las fronteras de la laboralidad en la jurisprudencia del TJUE: El caso particular de los altos directivos en el marco de una prestación de servicios transnacional", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (Coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., pp. 263-286.

necesario que se produzca un cambio de lugar de residencia, ya que de lo contrario nos encontraríamos en un supuesto de trabajo transfronterizo.

Desde una perspectiva legal –y con relación a la necesidad de cambio de residencia de un trabajador cuyo lugar de trabajo ha sido relocalizado–, la doctrina judicial ha estimado que dicha necesidad existirá cuando el traslado diario al nuevo centro de trabajo sea materialmente imposible o resulte notablemente gravoso¹⁵². El razonamiento anterior ha hecho surgir en doctrina la noción de «movilidad geográfica débil» o «movilidad geográfica no sustancial», referida al supuesto en que el cambio del lugar de trabajo no lleva aparejado un cambio de residencia¹⁵³.

Un supuesto en que el hecho del cambio de residencia sería discutible, es la situación del «*international commuter*» («viajero internacional»), persona trabajadora que se desplaza al país en que está ubicado su centro de trabajo durante los días en que cumple su jornada laboral, regresando a su hogar en los días de descanso. En relación con esta posibilidad, se ha sostenido que la estancia con cierta vocación de permanencia en el tiempo o la permanencia más o menos estable en lugar distinto al domicilio supone una afectación al derecho de libertad de residencia del trabajador¹⁵⁴ y de este modo, nos parece que un supuesto de movilidad como el reseñado no podría ser considerado «movilidad geográfica débil». En el mismo sentido, la imposibilidad de regresar diariamente al domicilio confirma esta idea¹⁵⁵, por lo que ha de entenderse que sí existe un cambio de residencia.

Otra cuestión que considerar es la delimitación temporal del cambio del lugar de trabajo, pues hay quienes plantean que dicho cambio puede ser temporal o

¹⁵² SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad geográfica”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2005, N.º 58, p. 101.

¹⁵³ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 281.

¹⁵⁴ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Madrid: CES, 2000, p. 211.

¹⁵⁵ Es importante no confundir el sentido que tiene el concepto de residencia a efectos de coordinación de sistemas de seguridad social en la normativa comunitaria con el significado que tiene la noción de residencia en el ordenamiento español, a efectos de relocalización del lugar de trabajo. En el caso de la normativa comunitaria, se considera Estado de residencia al Estado miembro al cual el trabajador fronterizo regresa al menos una vez por semana.

definitivo. Las consecuencias jurídicas de defender que la expatriación puede ser definitiva son de gran importancia, puesto que un cambio definitivo del lugar de trabajo implicaría el sometimiento total al ordenamiento laboral del país de acogida y la pérdida del carácter de contrato de trabajo internacional¹⁵⁶. A nuestro parecer, aunque las definiciones no lo explicitan, la expectativa de retorno de la persona trabajadora debe formar parte del concepto y ser una de sus características, puesto que, como veremos, una interpretación del artículo 40 ET a la luz del artículo 42 de la Constitución Española nos permitirían arribar a dicha conclusión¹⁵⁷.

Cabe agregar que una autora ha sostenido que, en ciertos casos, una expatriación indefinida o definitiva podría importar una novación extintiva, atendida la dificultad de integrarse en la vida social y cultural de un país que puede ser radicalmente distinto al país de origen, sumada a las posibles limitaciones en el disfrute de derechos, debido a la condición de extranjera de la persona trabajadora¹⁵⁸. Si tal situación tiene la capacidad de producir una novación extintiva –como nos parece que lo hace– la extinción de la relación laboral a causa de la movilidad internacional sobrevenida situaría a las partes en el marco de una expatriación impropia, supuesto excluido del concepto de expatriación por constituir una movilidad *para* el empleo. A nuestro parecer, estos razonamientos refuerzan la idea que la expatriación tiene un carácter temporal.

Si bien la caracterización de la expatriación como alternativamente forzosa o voluntaria no se desprende de los conceptos presentados, se trata de un aspecto que sí ha despertado el interés de algunos autores. Mientras algún autor reconoce que tales alternativas existen, aunque sostenga que el planteamiento unilateral no sería el habitual¹⁵⁹; otros distinguen incluso entre expatriación consensuada y voluntaria, produciéndose esta última a iniciativa espontánea de la persona

¹⁵⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 301.

¹⁵⁷ *Vid.* Capítulo V, subepígrafe 3.1.2. “La cuestión de la obligación de facilitar el retorno de la persona trabajadora al lugar desde el cual ha sido expatriada”.

¹⁵⁸ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 193-194.

¹⁵⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: *Expatriación de trabajadores...*, ob. cit.

trabajadora¹⁶⁰. La importancia de esta distinción radica en que la calificación de la expatriación como forzosa, determinaría la aplicación de algunas de las disposiciones que regulan el poder de dirección empresarial que pudiera resultar aplicable a los casos en que el lugar de trabajo se relocaliza en el extranjero. Con relación a la expatriación voluntaria se ha sostenido que, por lo general, a nivel de convenio colectivo la movilidad generada a instancia de la persona trabajadora carece de contraprestaciones adicionales¹⁶¹, contraprestaciones que se convierten en el elemento que distingue a la expatriación consensuada –a instancia de la empresa– de la expatriación voluntaria, esto es, que se produce a instancia de la persona trabajadora.

En definitiva, los elementos comunes de las definiciones doctrinales llevan a caracterizar la expatriación como la movilidad en el empleo de una persona trabajadora, en virtud de la cual la actividad laboral pasa a desarrollarse temporalmente en el extranjero, dando lugar a una situación privada internacional que determina la aplicación de un estatuto jurídico diferenciado a la relación laboral. Esta movilidad puede afectar tanto a trabajadores o trabajadoras con una relación laboral común como a personal de alta dirección, sin perjuicio que las normas aplicables a cada caso sean diferentes. Asimismo, y de acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, la movilidad en el empleo puede ser forzosa o voluntaria –entendiéndose esta última como fruto de un pacto entre las partes– e implica un cambio de residencia o domicilio.

Finalmente, con respecto a la proyección temporal de la expatriación, nos inclinamos por considerar que ésta debe superar el umbral de un mes continuado de permanencia en el extranjero y que debe incluirse a la expectativa de retorno como una característica del concepto. Aunque reconocemos la falta de consenso en lo que se refiere al retorno de la persona trabajadora, nos parece que es precisamente el carácter no definitivo del cambio de lugar de trabajo el que da lugar

¹⁶⁰ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 233.

¹⁶¹ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.): La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, p. 116.

al estatuto jurídico diferenciado que rige las expatriaciones, toda vez que una movilidad definitiva determinaría la aplicación de la legislación del Estado al cual el trabajador o trabajadora ha sido expatriada.

2.2.4. El concepto de expatriación en el ordenamiento español y su relación con las categorías de movilidad intracomunitaria.

La breve exposición de las categorías de movilidad internacional reconocidas en otros campos de estudio y en el ámbito de la Unión Europea con la que introducimos nuestro fenómeno de estudio, nos ha permitido comprobar que algunas de sus figuras no solo no encuentran su símil en el ámbito jurídico, sino que la terminología utilizada no es necesariamente coincidente. A modo de ejemplo, en el lenguaje empresarial, la palabra «expatriación» involucra una movilidad de media o larga duración, que frecuentemente se contrapone a la noción de «desplazamiento», que supone una movilidad de corta duración¹⁶². Sin embargo, para el derecho comunitario la palabra «desplazamiento» implica la movilidad temporal de personas trabajadoras en el territorio de la Unión Europea que, sin embargo, no establece un límite a su duración.

En definitiva, es preciso no confundir las categorizaciones realizadas en otros campos de estudio con las categorías jurídicas, por cuanto sus sistematizaciones responden a diferentes finalidades¹⁶³. Sin embargo, en cuanto esta expresión no sólo está firmemente implantada en el ámbito laboral y su utilización es habitual en distintas esferas jurídicas¹⁶⁴, hemos optado por referirnos al fenómeno de la internacionalización de las personas trabajadoras con el concepto de «expatriación» utilizado por las ciencias empresariales, con el objeto de adecuar –en la medida de lo posible– el análisis dogmático a la realidad social.

En lo que se refiere a la relación entre el concepto de expatriación obtenido del análisis de la doctrina española y el Derecho de la Unión Europea, es necesario

¹⁶² GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Expatriación de trabajadores...”, ob. cit.

¹⁶³ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 227.

¹⁶⁴ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 213.

tener presente que la finalidad armonizadora de las normas comunitarias en materia laboral permite a cada ordenamiento nacional conservar su especificidad propia¹⁶⁵. De esta manera, el concepto de expatriación que se ha propuesto previamente no pretende ni puede abarcar todas las categorías de persona trabajadora móvil reconocidas por el derecho comunitario, pues éstas han tenido su origen en la necesidad de regular ciertas situaciones que se producen en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios, con el objetivo de paliar sus efectos perjudiciales en el mercado único.

En todo caso, resulta necesario que los posibles supuestos de expatriación proporcionados por el derecho comunitario se determinen a la luz del concepto español y no al contrario, ya que la hipótesis base de este estudio es la relocalización del lugar de prestación de servicios desde España hacia el extranjero. En atención que el ordenamiento español tendrá una importancia sustantiva en la determinación de todos los aspectos que envuelvan a la movilidad y frente a la ausencia de un derecho laboral europeo homogéneo, fundar el análisis del fenómeno desde una perspectiva comunitaria que integre todos los sistemas jurídicos europeos no solo no resulta viable, sino que disminuiría la utilidad del estudio para integrar las lagunas propias de la legislación española con relación a la movilidad internacional de personas trabajadoras. Sin embargo, la categorización de las personas trabajadoras móviles resulta útil, toda vez que los supuestos que se incluyan en la noción española de expatriación, orientarán la determinación de las normas del derecho de la Unión Europea que puedan resultar aplicables a este fenómeno, como se verá.

Hecha esta prevención, cabe señalar que la distinción entre «movilidad para el empleo» y «movilidad en el empleo» que delimita los supuestos de expatriación a la luz del ordenamiento español, sitúa en la primera categoría a la persona trabajadora demandante de empleo y a la persona trabajadora migrante, de modo

¹⁶⁵ ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. 4ª Edición. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014 [edición electrónica], señala que los instrumentos vinculantes pueden tener efectos unificadores o armonizadores, que pueden caracterizarse de la siguiente manera: i) en el caso del efecto unificador, se pretende el establecimiento de una regulación uniforme en cierta materia, y; ii) en relación al efecto armonizador, la norma comunitaria determina el resultado que se debe alcanzar, encargando el ulterior desarrollo normativo a los Estados miembro, como es el caso de las Directivas.

que estas categorías deben entenderse como tipologías excluidas en la perspectiva del concepto español. Asimismo, en atención a que, en el concepto jurídico español la expatriación implica una modificación contractual del lugar de trabajo, las personas trabajadoras móviles multinacionales y fronterizas tampoco podrían considerarse expatriadas, puesto que en estos casos la movilidad internacional no se justifica en una variación del contrato sino en la propia naturaleza del trabajo o en la circunstancia de residir y trabajar en una zona fronteriza.

Por su parte, en cuanto la persona trabajadora desplazada se moviliza a otro Estado miembro diferente de aquel en que ejerce habitualmente su trabajo por encargo de su empleadora, entendemos que se verifican las principales características del concepto de expatriación español: se trata una movilidad en el empleo de carácter temporal protagonizada por una persona trabajadora, que da lugar a un estatuto jurídico diferenciado, en virtud de la aplicación de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Sin perjuicio de que, a efectos de la aplicación de la Directiva 96/71/CE, se determine que las normas más favorables en relación con determinadas condiciones laborales son las del Estado de origen o de envío, y, por ende, no se produzca un cambio de legislación, estimamos que la existencia de un estatuto jurídico diferenciado está referida a la necesidad de acudir a la aplicación de otras normas con el propósito de determinar el régimen jurídico del contrato de trabajo. En ese sentido, la obligación de aplicar la Directiva 96/71/CE a las expatriaciones cuyo destino sea la Unión Europea sí implica la adición de nuevas reglas al conjunto de normas que regula la relación laboral de la persona trabajadora.

De tal manera, debemos concluir que la figura de la persona trabajadora desplazada constituye el único supuesto regulado por el derecho de la Unión Europea que se identifica con la noción española de expatriación, con las consecuencias jurídicas que se analizarán en el capítulo pertinente de esta investigación.

3. Las fases del desarrollo de la expatriación como base para la sistematización de este estudio.

Una vez delimitado el fenómeno que entenderemos como expatriación, corresponde analizar cuál es el tratamiento jurídico que le otorgan los ordenamientos que se ven involucrados en esta situación privada internacional.

Frente a la laguna que se descubre en el ordenamiento español respecto al tratamiento normativo del fenómeno objeto de estudio, la doctrina ha planteado que los episodios de expatriación identificados según la práctica de las empresas pueden ser clasificados de acuerdo con varios criterios, los cuales resultan determinantes para la identificación del régimen jurídico aplicable¹⁶⁶. Sin embargo, la diversidad de perspectivas de análisis hace necesario determinar cuál de ellas permite abordar de la mejor manera la problemática que se examinará en el presente estudio, esto es, la determinación de las normas e instrumentos que establecen las condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas.

Sobre la premisa del carácter temporal de la expatriación, estimamos que las clasificaciones con mayor relevancia para el cumplimiento de nuestro objetivo están referidas a las fases del proceso de expatriación y al lugar de destino o país en que la persona trabajadora expatriada prestará los servicios, que, como veremos, puede incluirse como una subcategoría en la fase de desarrollo de la expatriación. A nuestro entender, otras clasificaciones planteadas por la doctrina pueden desarrollarse sin mayor problema dentro de estas categorizaciones y, en cualquier caso, están referidas a problemáticas que se suscitarán en una fase determinada del proceso de expatriación¹⁶⁷.

¹⁶⁶ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: "La expatriación...", ob. cit., p. 229.

¹⁶⁷ A modo de ejemplo, MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: "La expatriación...", ob. cit., pp. 230-235, sostiene que en relación con la configuración contractual y a los sujetos intervinientes es posible distinguir entre movilidad internacional en el empleo simple o intraempresarial y movilidad internacional interempresarial, clasificación que abordaremos, con ciertos matices, en la primera fase de la expatriación. Por otra parte, en atención a la voluntad de las partes, la autora plantea que la expatriación puede ser forzosa, consensuada o voluntaria. Como veremos, esta clasificación tiene relevancia a efectos de determinar la fuente reguladora de la expatriación, problemática que también se suscita en la primera fase del proceso.

En el campo de las ciencias empresariales se reconocen varias fases o etapas del proceso expatriación, correlativas en el tiempo y que abarcan circunstancias tales como la búsqueda del puesto o la etapa de solicitud de visado¹⁶⁸, por mencionar algunas. Sin embargo, a efectos de una investigación jurídica, nos parece las fases más importantes son aquellas referidas a (i) la detección de la necesidad de expatriar, (ii) el desarrollo del proceso de expatriación y (iii) la finalización de la expatriación¹⁶⁹, entendiéndose por esta última la conclusión de la misión que dio lugar a la movilidad internacional de la persona trabajadora. Cada una de estas etapas plantea diversos cuestionamientos, que deberán ser analizados bien desde la perspectiva del ordenamiento laboral español, bien a partir de las normas del derecho internacional privado, que pueden provenir del Derecho de la Unión Europea o del Derecho español.

A grandes rasgos, una vez detectada la necesidad de expatriar, corresponderá analizar bajo qué circunstancias el ordenamiento español autoriza que la empresa pueda enviar a la persona trabajadora al extranjero y qué normas regulan dicha situación. Asimismo, es preciso analizar el alcance y los efectos de una expatriación que se lleva a cabo por mutuo acuerdo de las partes y la trascendencia de la intervención de la autonomía colectiva en esta materia.

Durante el desarrollo de la expatriación, y dado que la relación laboral pasará a desarrollarse temporalmente en el extranjero, corresponde indagar hasta qué punto resultan invocables las normas laborales y convenios colectivos españoles, a efectos de determinar las condiciones laborales del trabajador expatriado, para lo cual resulta necesario determinar la legislación aplicable, teniendo como punto de partida los foros de competencia judicial. La articulación de las normas de derecho internacional privado que se refieren a estos aspectos será diversa dependiendo

¹⁶⁸ Vid. GAZARIÁN, Ana: "Aspectos migratorios y de gestión interna: claves del éxito de los procesos de expatriación", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, p. 52; NAVARRO JÚLVEZ, Diego: "Las políticas de movilidad europea en las compañías multinacionales", en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 280.

¹⁶⁹ PASCUAL FAURA, Marcelo y ESCALERA IZQUIERDO, Gregorio: "La gestión de la expatriación: conceptos y etapas clave". *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*. 2006, N.º 2870, p. 46.

del lugar al que sea destinada la persona trabajadora, segunda variable que ha de considerarse y a la que nos referiremos en un capítulo específico a tal efecto.

Por su parte, la finalización de la misión de expatriación abre diversas alternativas, toda vez que el retorno a España sólo es una de las posibilidades. En efecto, la asignación de una nueva misión, la eventualidad de que la persona trabajadora sea localizada definitivamente en el país de destino¹⁷⁰ o bien la extinción de la relación laboral, tendrán consecuencias desde la perspectiva de la determinación de las condiciones laborales del trabajador o trabajadora. Y como se verá, tanto las alternativas contractuales utilizadas para hacer efectiva la movilidad internacional de la persona trabajadora expatriada como los pactos de expatriación típicos celebrados entre ésta y la empresa, tendrán diversos efectos una vez finalizada la misión.

De acuerdo con lo señalado, y concordando con quien sostiene la necesidad del establecimiento de reglas que puedan alcanzar un nivel de generalización razonable, pese al casuismo extremado¹⁷¹, las siguientes páginas analizarán el régimen de la expatriación en su fase inicial, de desarrollo y de finalización, atendiendo a las diversas normas jurídicas aplicables.

¹⁷⁰ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: "La expatriación...", ob. cit., p. 241.

¹⁷¹ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: "Expatriación de trabajadores...", ob. cit.

CAPÍTULO II. La regulación de la expatriación en el ordenamiento jurídico español.

1. Fuentes reguladoras de la expatriación.

1.1. El ordenamiento laboral español.

1.1.1. La cuestión de la identificación de la norma aplicable.

Si bien se trata de un hecho jurídico, el fenómeno de la internacionalización de la prestación de servicios de las personas trabajadoras en el seno de la empresa o grupo de empresas ha captado poco interés por parte del legislador español. Sin embargo, el incremento de esta práctica en las últimas décadas evidencia la necesidad de contar con un marco legal que regule este tipo de movilidad.

Ante la ausencia de normas expresamente diseñadas para estos supuestos, la doctrina científica y judicial mayoritaria ha intentado reconducir su tratamiento a las normas de otras instituciones ya existentes. No obstante, también es posible entender que la omisión en la regulación de la movilidad internacional es intencionada. En efecto, en cuanto las consecuencias de la relocalización del lugar de trabajo en el extranjero resultan tan lesivas en todos los ámbitos de la vida de la persona trabajadora, es plausible interpretar que la voluntad del legislador ha pretendido establecer las fronteras del Estado como límite al *ius variandi* de movilidad geográfica sobre la base del alcance de su propia soberanía y que, más allá de ese límite, la única posibilidad de enviar a una persona trabajadora a prestar servicios de forma temporal en el extranjero es contar con su consentimiento. En ese sentido, entendemos necesario plantear la duda de si realmente existe una laguna que colmar o si, por el contrario, en estos casos debería descartarse la aplicación de otras instituciones. Descarte que, de todos modos, plantearía otro tipo de dificultades referidas a los derechos mínimos de la persona trabajadora en el contexto de un poder negocial desigual.

Pese a este cuestionamiento, y como se ha señalado, la doctrina mayoritaria entiende que existe una laguna, si bien difieren en la identificación de la norma

aplicable a estos supuestos. Al respecto, algunos autores han considerado que la norma laboral pertinente es el artículo 40 ET, disposición que configura el poder empresarial de movilidad geográfica y al que se añadiría el adjetivo internacional o transnacional, para explicitar su referencia a la movilidad fuera de las fronteras¹⁷². En apoyo de este argumento, se ha sostenido que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias aceptan que el lugar de destino de las órdenes empresariales de movilidad geográfica no está limitado al territorio nacional¹⁷³.

Si bien se admite la aplicabilidad del artículo 40 ET al fenómeno de la movilidad internacional de personas trabajadoras, algunos autores advierten que –en cuanto fue concebida para la movilidad dentro de las fronteras y entre centros de una misma empresa– su utilización no sólo puede resultar forzada y/o disfuncional, sino también insuficiente para regular ciertos aspectos¹⁷⁴. En un sentido similar, se ha afirmado que el papel de la norma es limitado en los casos de movilidad internacional o transnacional, pues su enfoque regulador de la facultad empresarial de variar unilateralmente el lugar de trabajo se contrapone a la tendencia de acordar con la persona trabajadora las condiciones en que se realizará el cambio de lugar de trabajo¹⁷⁵.

Frente a esta posición, otro sector de la doctrina científica plantea que, en los casos en que la internacionalización de las personas trabajadoras es consecuencia de una manifestación del poder de dirección empresarial, la mayoría de los supuestos encuentran un mejor acomodo en el régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁷⁶. Este planteamiento se basa en que los supuestos enumerados por el artículo 41 ET son meramente ejemplificativos de la extensión que tiene la institución y no constituyen *numerus clausus*, de modo que la movilidad

¹⁷² Sustentan esta posición, LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 232; SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 5; GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos en la empresa: el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 75-76.

¹⁷³ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp. 5-6.

¹⁷⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación de trabajadores...”, ob. cit., pp. 225-226.

¹⁷⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores...”, ob. cit.

¹⁷⁶ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 291.

geográfica internacional podría también ser considerada un supuesto de modificación sustancial pese a no figurar en la norma¹⁷⁷. En apoyo a este argumento, se advierte que, en un contexto de movilidad internacional, la persona trabajadora no sólo verá alterada la ubicación espacial de su prestación de servicios, sino que se expone a la afectación de otras condiciones de trabajo (funcional, económico-retributiva y de tiempo de trabajo) y de vida (domicilio, familia y relaciones sociales)¹⁷⁸.

Sin embargo, para refutar este planteamiento se ha sostenido que, si bien la movilidad geográfica es una modificación sustancial de una condición de trabajo, es merecedora de un tratamiento especial establecido por el propio artículo 41.7 ET¹⁷⁹, el cual se remite en forma expresa al artículo 40 ET¹⁸⁰. Asimismo, se razona que, en los hechos, la jurisprudencia mayoritaria admite la subsunción de la expatriación en los dictados del artículo 40 ET¹⁸¹.

Como última alternativa, se ha propuesto considerar a la movilidad internacional como una modalidad contractual definida por la especialidad geográfica, habida consideración que las modalidades también se pueden establecer en un acuerdo posterior al contrato¹⁸². Reconociendo que ciertas reglas aplicables al traslado – tales como el periodo de preaviso, la opción de extinguir el contrato o la compensación de los gastos del traslado– deberían contemplarse como *lege ferenda*, esta posición rechaza la aplicación del artículo 40 ET, por considerar que

¹⁷⁷ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 286.

¹⁷⁸ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 290.

¹⁷⁹ Artículo 41.7 ET: “En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40”.

¹⁸⁰ CORTE HEREDERO, Nieves: *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Valladolid: Lex Nova, 1995, p. 73. A este respecto, se sostiene que si bien el artículo 41.7 ET establece que en materia de traslados se estará a lo dispuesto en el artículo 40 ET, debe entenderse que se trata de una remisión genérica a la institución de la movilidad geográfica.

¹⁸¹ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 238. En efecto, la reciente STS, Sección Pleno, de 21 de febrero de 2020, N.º 166/2020 (Rec. 3229/2017) señala que la existencia de un acuerdo de expatriación determina la inaplicación del artículo 40 ET, reconociéndolo implícitamente como aplicable en ausencia de pacto.

¹⁸² OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación”. *Trabajo y derecho*. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

las normas establecidas en dicho precepto difieren de las contenidas en el artículo 1.4 ET¹⁸³, disposición que sería la reguladora de la movilidad internacional de las personas trabajadoras españolas¹⁸⁴.

En relación con este argumento doctrinal, nos parece que su defensa no sólo implica admitir la discutida vigencia del artículo 1.4 ET, sino atribuir un objetivo distinto a una norma que fue creada con el fin de sustituir el régimen general conflictual del ordenamiento español, por la aplicación de una norma de conflicto exclusiva en materia laboral¹⁸⁵. Cabe agregar que, desde esta misma posición, se reconoce que el citado precepto requeriría una redacción más completa, ya que el problema de fondo –la falta de regulación del fenómeno y la inseguridad jurídica que conlleva para las personas trabajadoras «afectadas»– no queda resuelto¹⁸⁶. Por otra parte, estimamos que el mero reconocimiento al trabajador o trabajadora expatriada de los mismos derechos económicos que le corresponderían según las normas españolas no solo no compensa los inconvenientes derivados de la relocalización de su lugar de trabajo en el extranjero, sino que tampoco previene eventuales abusos de poder empresarial, como sí lo intenta la institución de la movilidad geográfica o la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tras este breve repaso de las posiciones doctrinales, coincidimos en la idea de que la movilidad geográfica –sea nacional o internacional– tiene la naturaleza jurídica de una modificación sustancial. No obstante, la movilidad geográfica regulada por el artículo 40 ET es una modificación sustancial con tratamiento especial por voluntad del legislador, cuya regulación más protectora, en comparación con el artículo 41 ET, encuentra su fundamento en la circunstancia de que los potenciales

¹⁸³ Artículo 1.4 ET: “La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”.

¹⁸⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto...”, ob. cit.

¹⁸⁵ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2004, N.º 52, p. 51.

¹⁸⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto...”, ob. cit.

perjuicios de una modificación del lugar de trabajo suelen ser de mayor entidad que los que acarrearía otro tipo de modificación sustancial¹⁸⁷.

Sin ánimo de exhaustividad, hemos de resaltar que el artículo 40 ET no sólo establece fórmulas de compensación de los gastos derivados de la movilidad que la otra norma no contempla, sino que reconoce una eventual indemnización por extinción del contrato en caso de traslado, aunque a nuestro juicio aún resulta insuficiente. En efecto, mientras el artículo 40.1 ET reconoce a la persona trabajadora la posibilidad de instar la extinción del contrato una indemnización de 20 días por año, con un máximo de doce mensualidades, el artículo 41 ET reduce dicho límite a un máximo de nueve mensualidades, señalando únicamente unos supuestos específicos que admiten la extinción del contrato a instancia de la persona trabajadora, entre los que no se consigna la movilidad geográfica¹⁸⁸.

Asimismo, en los supuestos de traslado, el plazo de treinta días establecido en el artículo para la efectividad de la medida a partir de la notificación otorga un margen mayor de maniobra al trabajador, en comparación al plazo de quince días previsto por el artículo 41 ET para las decisiones de modificación sustancial de carácter individual¹⁸⁹. Pese a lo señalado, debemos reconocer la absoluta insuficiencia del

¹⁸⁷ En ese sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 8 de abril de 2019, N.º 398/2019 (Rec. 1168/2018): “no olvidemos que el régimen del art. 40.6 ET no deja de ser un caso singular de modificación sustancial de condiciones de trabajo, compartiendo con el art. 41 ET evitar que el empresario haga un uso inadecuado de su poder de dirección y convierta el contrato de trabajo en algo distinto de forma relevante a lo que inicialmente fue pactado por las partes contratantes, lo que precisamente sucedería en el caso presente. No parece dudoso que el régimen de desplazamientos forzosos al extranjero impuesto al recurrente ni siquiera le permite disfrutar fuera del horario de trabajo de la vida personal o familiar que él ha libremente elegido, lo cual supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo en lo relativo a su adscripción a un centro de trabajo, de tanta o mayor entidad que la que puede suponer cualquiera de las circunstancias que contempla el art. 41 ET y, precisamente por eso, en ambos casos -tanto en el art. 40 como en el 41 ET- el legislador ha establecido la posibilidad de que el trabajador inste la extinción contractual”.

¹⁸⁸ El párrafo tercero del artículo 40.1 ET dispone: “Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 41.3 ET expresa: “En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”.

¹⁸⁹ Mientras el párrafo segundo del artículo 40.1 ET establece que “la decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad” y el párrafo segundo del artículo 40.6 ET prescribe que “el trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables”; el párrafo primero del artículo 41.3 ET dispone que “la decisión de modificación

plazo exigido para notificar el desplazamiento –cinco días laborables– incluso si la movilidad geográfica se ordenase por un periodo inferior a tres meses. En ese sentido, si en el artículo 34.1 ET la norma estatutaria impone un preaviso mínimo de cinco días en caso de distribución irregular de la jornada de trabajo, con mayor razón debería contemplarse un plazo superior de preaviso para una variación del lugar de residencia, puesto que la adición del adjetivo «laborales» en el supuesto de los desplazamientos solo supone, en el mejor de los casos, la adición de dos días naturales.

Por otra parte, hemos de reconocer que, teóricamente, el tratamiento diferenciado de los desplazamientos –adscripción temporal a otra localidad que conlleva una variación circunstancial en la residencia habitual¹⁹⁰– y los traslados –variación definitiva de la residencia– efectuado por el artículo 40 ET parece necesario, puesto que una modificación del lugar de trabajo con una duración prolongada y otra más limitada en el tiempo no merecen el mismo tratamiento. No obstante, la norma debería contemplar una solución ante la posibilidad de que una orden inicial de desplazamiento encubra una movilidad geográfica por un periodo de tiempo superior al inicialmente declarado y a la cual deba aplicarse el tratamiento previsto para los traslados, conforme a lo dispuesto por el párrafo final del artículo 40.6 ET¹⁹¹.

En definitiva, aunque la institución de la movilidad geográfica no regula en forma suficiente el supuesto para el que fue ideada y, por lo tanto, es aún más deficiente

sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad”.

¹⁹⁰ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 155.

¹⁹¹ Artículo 40.6 ET: “Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas.

El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario.

Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos en el apartado 1 para los traslados.

Los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta ley para los traslados”.

para tratar el fenómeno de la expatriación en forma integral y sin el recurso a interpretaciones doctrinales, es preciso reconocer que, si entendemos necesario colmar una laguna en esta materia, es la disposición que regula el supuesto más semejante a la movilidad internacional y en ese sentido –salvo la entrada en vigor de una norma *ad hoc*– no resulta tan claro que los órganos jurisdiccionales españoles reviertan la tendencia a considerar la relocalización temporal del lugar de trabajo en el extranjero como un supuesto de movilidad geográfica. De tal modo, y sin perjuicio que excepcionales pronunciamientos se remitan a la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁹², debemos coincidir con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto a que la norma más adecuada existente en el ordenamiento jurídico actual para tratar la movilidad internacional en el empleo es el artículo 40 ET.

¹⁹² En este sentido, se ha sostenido que la STSJ de Murcia de 9 de diciembre de 2004, N.º 1316/2004 (Rec.1314/2004) considera a un supuesto de expatriación como movilidad geográfica: “Lo que se ordenaba al trabajador era que se desplazara a Malta para acompañar al remolcador que transportaba las jaulas a cuyo cuidado debían estar los buceadores al proceder a la captura de atunes (lo que no es objeto social de la empresa), entre ellos el actor, actividad que duraría, al menos dos meses, desconociéndose el tiempo máximo, no se indicaban las condiciones en que se produciría el desplazamiento, aunque sí se sabía la cantidad que se iba a abonar, pero no hubo acuerdo sobre las condiciones, ni sobre la cantidad; en tal situación, y como, a diferencia de otras ocasiones, no hubo trabajadores voluntarios, se designaron con carácter obligatorio a algunos trabajadores por orden de antigüedad [...] De ello se desprende que la actividad que se le ordenó realizar al trabajador no se encontraba incluida en el ámbito de las obligaciones laborales para las que se le contrató, así como las condiciones laborales, fundamentalmente económicas, que le pretendían imponer por la empresa desproporcionadas en relación con la actividad que iba efectuar y con la disponibilidad del trabajador pues, además de existir cierta inseguridad respecto al cometido que se asignaría, se debían llevar a cabo horas extraordinarias, al incluirse sábados y domingos; todo lo cual nos lleva a la conclusión de que el empresario con la orden dada al trabajador estaba alterando las condiciones sustanciales de las condiciones de trabajo”. Nos parece, sin embargo, que en este caso no se está considerando a la expatriación como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino que son los efectos de ésta sobre las condiciones de trabajo referidas los que tienen tal intensidad, que constituyen una modificación sustancial.

Por el contrario, la STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2010 (Rec. 1519/2010) considera a la expatriación como una modificación sustancial, al relacionarla con las circunstancias particulares del caso: “En el supuesto que nos ocupa el hecho de al actor se le haya asignado una nueva zona comercial, con iniciales labores de prospección de mercado en un país extranjero cuya lengua desconoce [...] comporta una modificación de la prestación de trabajo que pueda ser calificada como sustancial. Y reviste esencialidad, y no cualidad accesorio, por varias razones. En primer lugar porque esa modificación supone una variación “sustancial” en la zona de trabajo del actor, [...] una zona con distinta ubicación geográfica, radicada en distinto país, con idioma distinto del Castellano (o el Gallego), y con costumbres, estilo de vida y hábitos distintos a los españoles, debiendo tenerse en cuenta al respecto la importancia que los usos y costumbres diarios tienen con relación a la labor de vendedor [...] si a lo anterior añadimos el hecho de que al actor se le asigna igualmente una labora de prospección de mercado, que por regla general no entra dentro de las labores de vendedor; es más, aunque ello no fuera así, resulta evidente que asignarle tales cometidos supone una mayor dificultad u onerosidad en su trabajo, habida cuenta el hecho de su desconocimiento del idioma y costumbres de Portugal. A todo ello podría añadirse igualmente el hecho de que, siendo parte de la retribución del actor la comisión por ventas, resulta evidente que verá mermado su salario al pasar de una zona de ventas en la que ya disponía de clientela a otra no incorporada a la red comercial de la empresa. En suma, tras todo lo expresado resulta evidente, a juicio de este Tribunal, que nos encontramos (si unimos todos esos factores) ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor”.

1.1.2. El artículo 40 ET como régimen jurídico de las medidas de expatriación o movilidad geográfica internacional

Si se considera al artículo 40 ET como la norma más idónea para regular el fenómeno de la expatriación, cabe reflexionar respecto a su adecuación a las singularidades de este tipo de movilidad. Así, desde el punto de vista de la adopción de una medida de expatriación, y conforme a lo dispuesto por el artículo 40.1 ET, su ejercicio por la empresa estará sujeto a la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁹³, causas que operan como títulos legitimadores y condicionantes de la validez de la medida¹⁹⁴.

Sin perjuicio de que alguna de las causas establecidas por el artículo 40 ET puede considerarse similar a aquellas que motivan las transferencias internacionales y que son estudiadas en otros campos del conocimiento¹⁹⁵, es preciso reconocer que la amplitud de posibilidades de uso de la medida de movilidad geográfica y la aminoración de la carga probatoria que conlleva la redacción de la norma tras la reforma de 2012¹⁹⁶, pueden resultar especialmente gravosas si asumimos que el

¹⁹³ El primer párrafo del artículo 40.1 ET dispone: "El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial".

La exigencia de acreditar razones económicas, técnicas, organizativas o de producción se reitera en el primer párrafo del artículo 40.6 ET referido a los desplazamientos temporales.

¹⁹⁴ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 87.

¹⁹⁵ COLLINGS, David y SCULLION, Hugh: "Global staffing", ob. cit., p. 143, sostienen que los primeros motivos identificados para utilizar transferencias internacionales la falta de trabajadores locales cualificados en la empresa subsidiaria, el deseo de desarrollar competencias globales individuales en los directivos y también motivos de desarrollo organizacional, como, por ejemplo, la transferencia de conocimiento entre la matriz y la subsidiaria. Estas motivaciones pueden identificarse con las causas organizativas.

¹⁹⁶ Al respecto, GALA DURÁN, Carolina: "Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo", en DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Madrid: La Ley, 2013, p. 267, señala que "esa nueva definición amplía, de una forma importante y dentro de la lógica de fomento de la flexibilidad interna ya apuntada, las posibilidades de uso de estos instrumentos modificativos de las condiciones de trabajo, en efecto, las causas justificativas son vagas e indefinidas, pero de dudable amplitud". Por su parte, SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, p. 199, sostienen que "la omisión de los condicionantes teleológicos de la medida implica otorgar a la empresa una mayor libertad e implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee un conflicto o una reclamación, porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente, pues la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa".

artículo 40 ET habilita la movilidad de personas trabajadoras fuera de las fronteras. Atendiendo a los especiales efectos que tiene la movilidad internacional y el carácter pluriofensivo de sus consecuencias¹⁹⁷, nos parece que en estos casos debería requerirse una argumentación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción reforzada con la exigencia de acreditación de la específica necesidad de la medida y justificación de la afectación concreta de la persona trabajadora.

Desde una perspectiva procedimental, la regulación de la movilidad geográfica que efectúa el artículo 40 ET, se articula en dos conceptos claves: los traslados y los desplazamientos. Ambas categorías de movilidad requieren un cambio de residencia del trabajador como consecuencia del cambio en el lugar de prestación de los servicios; pero se diferencian en el hecho que los traslados son considerados una movilidad geográfica permanente, en contraposición a los desplazamientos, cuya duración no ha de exceder los doce meses en un periodo de tres años¹⁹⁸.

Si bien esta distinción podría ser contradictoria con el concepto de expatriación, en cuanto movilidad temporal, hemos de discrepar de la doctrina tradicional, que califica como traslado a todo desplazamiento superior a un año¹⁹⁹. A nuestro parecer, el hecho de que el artículo 40 ET atribuya los efectos y el procedimiento del traslado a los desplazamientos que superen el umbral de doce meses en tres años, no significa que dicha movilidad pierda su naturaleza temporal. En estricto rigor, una interpretación literal no permite entender que la disposición convierte a los desplazamientos en traslados una vez superado el umbral temporal, pues señala textualmente que éstos tendrán *“el tratamiento previsto para los traslados”*. Cabe agregar que así lo ha entendido también la jurisprudencia²⁰⁰.

¹⁹⁷ Tal como sostiene RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La movilidad internacional de trabajadores...”, ob. cit., p.31, las expatriaciones defensivas exponen los problemas vinculados a la movilidad geográfica internacional con toda su crudeza, dado que, en estos supuestos, la expatriación se plantea al trabajador como una alternativa al despido”.

¹⁹⁸ SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad...”, ob. cit., p. 99.

¹⁹⁹ SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad...”, ob. cit., p. 99.

²⁰⁰ La STS de 14 de octubre de 2004 (Rec. 2464/2003) sostiene que “debe tenerse en cuenta que esta específica norma no dispone que el desplazamiento que supere el límite temporal que en ella se señala, queda automáticamente convertido en traslado; lo que tal disposición ordena es que ese desplazamiento tendrá el

Por otra parte, se ha advertido la tendencia a equiparar la movilidad efectuada en el marco de una prestación de servicios regulada por la Directiva 96/71/CE con la figura del desplazamiento establecida en el artículo 40 ET, debido a que la traducción al castellano de la Directiva 96/71/CE utiliza la misma palabra para denominar a dicha movilidad²⁰¹⁻²⁰². No obstante, estas figuras sí presentan diferencias: mientras el «desplazamiento temporal» regulado por el artículo 40 ET se refiere a la movilidad geográfica cuya duración inferior a 12 meses en un periodo de referencia de tres años, movilidad que no tiene necesariamente el extranjero como destino, el «desplazamiento» establecido por la Directiva 96/71/CE es siempre una movilidad internacional de personas trabajadoras –acotada al ámbito de la Unión Europea y en el contexto específico de una prestación de servicios– que pese a ostentar el carácter de temporal, no tiene regulado un límite de duración máxima. Con el objeto de no confundir al lector, en el presente capítulo, al utilizar la palabra «desplazamiento» nos referiremos a la figura del artículo 40 ET, denominando «movilidad internacional comunitaria» a aquella establecida por la Directiva 96/71/CE.

Advirtiendo que no se le puede considerar una figura semejante al desplazamiento regulado por el artículo 40 ET, dado que su naturaleza y régimen jurídico no son coincidentes, parte de la doctrina ha propuesto tratar a la movilidad internacional regulada por la Directiva 96/71/CE como un «desplazamiento sin especificación temporal», solución utilizada en la negociación colectiva y que –se estima– sería

tratamiento previsto por Ley para los traslados. Pero la causa esencial de la dificultad interpretativa referida es sin duda la frase «a todos los efectos» que en tal norma se expresa. Ahora bien, a pesar del significado tajante y maximalista que esta frase encierra, un adecuado entendimiento de esta norma obliga tomarla en un sentido más tamizado, atemperado y flexible, pues así lo imponen los antecedentes históricos de la misma [...] la redacción inicial del art. 40.3 del Estatuto, en su mera literalidad, dejaba abierta la posibilidad de que el empresario, de hecho eludiese el referido límite temporal, mediante el sencillo sistema de desplazar a un trabajador por once o doce meses, y al concluir este primer período disponer su regreso al centro de trabajo de origen y a su domicilio habitual, manteniéndolo en él los dos o tres meses siguientes, para luego volverle a imponer un segundo desplazamiento de once o doce meses, repitiendo todas las veces que le pareciese oportuno estas operaciones. Y precisamente, para salir al paso e impedir esa torticera y fraudulenta conducta empresarial, es por lo que se incluyó [el] [...] párrafo que dispone que «los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto por la Ley para los traslados»”.

²⁰¹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 275-276.

²⁰² Haremos alusión a la norma comunitaria y no a la norma española de transposición (la Ley 45/1999 de 29 de noviembre), por cuanto esta última regula primordialmente la movilidad temporal de trabajadores en dirección de entrada a España.

útil para evitar atribuir a la movilidad internacional realizada en el marco de una prestación de servicios, los límites temporales del artículo 40 ET²⁰³. En nuestra opinión, esta denominación puede inducir a error, ya que podría entenderse que la «movilidad internacional comunitaria» es una especie de «desplazamiento temporal». En ese sentido, debemos recalcar que el artículo 40 ET y la Directiva 96/71/CE tienen diferentes finalidades, ya que, mientras el precepto español pretende proteger el derecho a la libertad de residencia de la persona trabajadora²⁰⁴, la norma comunitaria determina la legislación aplicable a ciertas condiciones de trabajo, acotado a los supuestos de movilidad que la Directiva establece. Y no solo los supuestos de movilidad regulados por ambas normas obedecen a distintos fines sino que, en términos generales, el ámbito temporal en que éstas se aplican es también diferente: en tanto el artículo 40 ET establece derechos individuales para las personas trabajadoras que son sujeto de una medida de movilidad y regula el procedimiento para llevarla a cabo, la Directiva 96/71/CE será aplicable, a través de la norma de transposición pertinente en el país de destino, una vez que la medida de movilidad ya esté produciendo sus efectos.

A mayor abundamiento, la aplicación del artículo 40 ET en una etapa anterior a la partida del trabajador al extranjero podría ser beneficiosa para éste, pues daría lugar a una determinación temporal previa de la movilidad internacional, determinación que la Directiva 96/71/CE no impone. Ciertamente, en algunos casos no es posible saber con anticipación cuánto tiempo tardará la ejecución de una obra o la prestación de los servicios, pero el coste que conlleva esta indeterminación no debería ser trasladado a la persona trabajadora. Es por lo que, en ausencia de una regulación específica por la norma comunitaria, estimamos que cualquier medida de movilidad internacional de duración indeterminada debería regirse por el apartado final del artículo 40.6 ET. Así, sin contravenir disposición comunitaria alguna, el trabajador podría tener la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo

²⁰³ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 276-277.

²⁰⁴ Respecto a la libertad de residencia como bien jurídico protegido por el artículo 40 ET, Vid. SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Madrid: CES, 2000, p. 167 y siguientes. La autora sostiene que las órdenes de movilidad geográfica sustancial son pluriofensivas, por cuanto afectan la libertad de residencia, en cuanto derecho a permanecer en el domicilio o lugar de residencia elegido, que a la vez constituye una expresión de la vida privada y familiar del trabajador (pp. 117-123).

si el episodio de movilidad a un Estado miembro de la Unión Europea supera los doce meses en el periodo de referencia de tres años.

No obstante, cabe admitir que las problemáticas sobre la clasificación temporal de la expatriación no generan en todos los autores una inquietud similar. En efecto, se ha sostenido que –en atención a la preponderancia de la autonomía individual como fuente reguladora de los supuestos de movilidad internacional– la cuestión de la distinción entre desplazamiento y traslado tendría poca utilidad, teniendo mayor importancia las alternativas utilizadas para formalizar la movilidad²⁰⁵. Pero hemos de objetar el argumento referido a su falta de utilidad, puesto que, en la actualidad, la movilidad en el ámbito comunitario no puede caracterizarse como privativa de los altos cargos o de personas trabajadoras altamente cualificadas: en ese sentido, si el mayor número de expatriaciones al interior de la Unión Europea hubiera tenido como sujeto de las mismas a un trabajador o trabajadora con un poder de negociación superior al de la media, la aprobación de la Directiva 96/71/CE no habría sido necesaria.

A modo de conclusión, es preciso reconocer que la aplicación del artículo 40 ET a la movilidad internacional de personas trabajadoras surge de la necesidad de contar con una regulación que supla la falta de previsión del legislador. Aunque no resultan infundados argumentos tales como la falta de alusión de la norma a un país distinto o el alcance aplicativo eminentemente interno del Estatuto de los Trabajadores²⁰⁶, nos parece que estos no tienen la suficiente importancia para hacer ceder la aplicación analógica como mecanismo de integración de la laguna legal: ni la falta de alusión a un país distinto puede entenderse como exclusión del supuesto de expatriación, ni el alcance aplicativo del artículo 40 ET trasciende de las fronteras, en cuanto regula principalmente una etapa previa a la materialización de la medida de movilidad, sin perjuicio de la ejecutividad de éstas. Pese a sus limitaciones, el artículo 40 ET resulta útil como estructura básica del régimen de expatriación, si bien es cierto que, ante ciertas medidas de movilidad propuestas por la empresa,

²⁰⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: *Expatriación de trabajadores...*, ob. cit.

²⁰⁶ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 278.

los mecanismos de protección al trabajador pueden resultar insuficientes o la norma puede no ser aplicable en determinados supuestos²⁰⁷.

Por último, si bien podría considerarse la alternativa deseable, dada la posibilidad de regular cuestiones a las que el artículo 40 ET no se refiere, no parece posible afirmar tajantemente la primacía de la autonomía individual como fuente reguladora de la expatriación en el presente y, en ese sentido, la delimitación de los traslados y desplazamientos y ámbito, en cuanto figuras que restringen el ejercicio del *ius variandi* extraordinario, merece atención.

1.1.3. El artículo 40 ET y la movilidad internacional entre empresas de un grupo.

Acertadamente, se ha sostenido por la doctrina científica que la regulación de la movilidad geográfica por el legislador español no está adaptada a la complejidad de las relaciones económicas actuales, circunstancia que plantearía la necesidad de una relectura integradora en los casos en que la movilidad tiene el carácter de interempresarial, esto es, entre distintas empresas²⁰⁸. En este contexto, la regulación de la movilidad internacional entre empresas de un mismo grupo empresarial supone una doble laguna, puesto que la figura jurídica del grupo de empresas no se contempla por las normas laborales españolas. Lo anterior, sin perjuicio de la construcción jurisprudencial que permite extender la responsabilidad por las obligaciones contraídas con la persona trabajadora, denominado «grupo de empresas patológico» o de las referencias a los grupos en ámbitos específicos como puede ser la legitimación para negociar o el desplazamiento de personas

²⁰⁷ Otro aspecto interesante relacionado con la aplicabilidad del artículo 40 ET a la expatriación, es el derecho a la movilidad geográfica que ostentan el o la cónyuge de quien ha sido sujeto de una medida de movilidad geográfica, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir tratamiento fuera de su localidad, y las víctimas del terrorismo o de violencia de género. Lo anterior, por cuanto el artículo 40 ET les otorga, bien el derecho a traslado a la misma localidad a la que fue destinado el cónyuge (si existe puesto de trabajo), bien un derecho preferente a cubrir las vacantes en otros centros de trabajo en los otros casos. A este respecto, nos parece que, salvo la situación del cónyuge, la aplicación analógica del artículo 40 ET a los supuestos de expatriación no implica que los trabajadores discapacitados o víctimas del terrorismo o de violencia de género puedan beneficiarse de una medida de movilidad geográfica internacional. Lo anterior, por cuanto la laguna que se intenta colmar en el caso de la expatriación no existe en tales casos, que, previstos por la norma, no contemplan una referencia expresa a una movilidad transnacional. Con todo, la situación del cónyuge resulta discutible, pues salvo que la expatriación se lleve a cabo de mutuo acuerdo –caso en el que su situación estaría contemplada en tal acuerdo– su derecho a la movilidad geográfica derivaría de la aplicación del artículo 40 ET a la expatriación de su consorte, lo que hace difícil argumentar una posible exclusión.

²⁰⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 225.

trabajadoras desde un Estado miembro de la Unión Europea a España, regulado por la Ley 45/1999.

En lo que se refiere a la posición doctrinal que admite la aplicación del artículo 40 ET a la movilidad en el seno de empresas del grupo, se señala que reviste singular importancia la construcción jurisprudencial que considera al grupo de empresas como un empresario único en materia de responsabilidad, sosteniéndose que esta interpretación haría aplicables las normas relativas a la modificación del contrato de trabajo a la movilidad geográfica interempresarial²⁰⁹. Sin embargo, la figura jurídica de grupo de empresas a efectos laborales requiere una declaración judicial en ese sentido, que resulta incompatible con una utilización previa del artículo 40 ET.

En un sentido similar, algunos autores postulan que, en los casos que se acredite el funcionamiento del grupo como un ámbito de dirección y organización unitario y, sobre la base de que no existe límite geográfico para la movilidad regulada por el artículo 40 ET, sería posible reclamar la aplicación analógica del artículo 40 ET en relación con la Ley 45/1999 –norma de transposición de la Directiva 96/71/CE en España– en los supuestos de movilidad que dicha Ley establece²¹⁰. Al respecto, si bien la Ley 45/1999 regula principalmente la movilidad internacional de personas trabajadoras en dirección de entrada o impatriación, lo cierto es que reconoce expresamente a la movilidad internacional de personas trabajadoras entre empresas de un grupo, aunque sin atribuirle régimen jurídico.

Para quienes adoptan una posición intermedia, la figura de los desplazamientos, en cuanto constituye una movilidad geográfica temporal, sí admitiría la movilidad entre empresas del grupo. Al respecto, se ha planteado una interpretación amplia de la expresión «ámbito de la empresa» del artículo 40 ET, que permita también entenderla en un sentido causal, de modo que, si existen razones legitimadoras para su ejercicio, el *ius variandi* sí podría ejercerse en el ámbito de un grupo de

²⁰⁹ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 150-151.

²¹⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *La movilidad transnacional de trabajadores: Reglas y prácticas*. Granada, Comares, 2002, pp. 195-196.

empresas²¹¹. Siguiendo esta lógica, se sostiene que no existiría impedimento para reconducir la cesión temporal de personas trabajadoras al ámbito de los poderes empresariales, cuyo ejercicio –sin embargo–, se encontraría sujeto a la obligación de perseguir un fin lícito²¹². Asimismo, se ha sostenido que una interpretación basada en el tenor literal del artículo 40 ET sí autorizaría la figura del desplazamiento a centros de trabajo que no pertenezcan a la empresa, puesto que la doctrina judicial lo ha admitido si el empresario de destino sólo recibe utilidad patrimonial de la ejecución de trabajo²¹³, a lo que cabría agregar que la norma no limita los desplazamientos a un centro de trabajo de la misma empresa, como sí hace en el caso de los traslados²¹⁴. En todo caso, desde esta posición se advierte que interpretar la procedencia de la movilidad entre empresas del grupo en función del carácter temporal de la modificación del lugar de trabajo generaría una distorsión, en cuanto el aspecto temporal no sería más relevante que las consecuencias de la movilidad geográfica²¹⁵.

Pese a lo señalado, la doctrina mayoritaria niega la aplicación del artículo 40 ET a la movilidad entre empresas del grupo²¹⁶. Entre los argumentos esgrimidos, se sostiene que los cambios intergrupales exceden tanto el trabajo convenido –en virtud del artículo 20.1 ET– como las facultades de modificación sustancial establecidas en los artículos 40 y 41 ET, pues, si para la noción de empresa y la identificación del empleador se respeta la independencia de personas jurídicas,

²¹¹ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., p. 89.

²¹² SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., pp. 82-93. La autora estima que, por el contrario, en el caso de una puesta a disposición de carácter definitivo o indefinido no existiría un interés empresarial relevante y suficientemente preciso que justificara tal medida, porque se produciría una total sustitución del sistema de organización de intereses preexistente (p. 90). Asimismo, afirma que en el supuesto de una cesión del trabajador a una empresa de tendencia o una empresa de tendencia del signo contrario “nos hallaríamos ante una modificación sustancial o, eventualmente, ante una novación extintiva” (p. 93).

²¹³ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., pp. 76-77.

²¹⁴ AGÍS DASILVA, Montserrat: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 263.

²¹⁵ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p.153.

²¹⁶ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p.153.

igual metodología de interpretación debe aplicarse a los artículos 40 y 41 ET²¹⁷. De tal modo, al exceder las facultades de modificación sustancial establecidas por el legislador, las medidas de movilidad entre empresas del grupo deben contar con el consentimiento de la persona trabajadora, a fin de respetar su voluntad individual²¹⁸.

Además de los argumentos expuestos, cabe añadir que también existe doctrina judicial en que se ha rechazado esta posibilidad²¹⁹. Frente a esta circunstancia, el recurso a la autonomía individual parece una mejor alternativa para materializar una movilidad internacional en el seno del grupo de empresas, en cuanto estará validada por el consentimiento de la persona trabajadora.

1.1.4. La orden de expatriación y los derechos de la persona trabajadora establecidos en el artículo 40 ET.

Si admitimos que la institución de la movilidad geográfica es el fundamento legal de una orden de expatriación por parte del empresario –cuando menos, la más idónea entre las alternativas que ofrece el ET– también resulta necesario asumir que las posibilidades de reacción de la persona trabajadora ante esta medida deberán ajustarse a los derechos establecidos en el artículo 40 ET. Aunque se trata de la alternativa más protectora entre las disposiciones eventualmente aplicables para colmar el vacío legal, al haber sido ideada para la movilidad dentro de las fronteras del Estado, debemos reconocer que las garantías que otorga esta norma resultan insuficientes en los casos que el poder empresarial exige relocalizar la residencia en un país distinto, por cuanto las afectaciones a la persona trabajadora serán

²¹⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”. *Temas laborales*. 1996, N.º 38, pp. 59-60.

²¹⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., p. 60.

²¹⁹ En ese sentido, la STSJ de Madrid, de 15 de octubre de 2010, N.º 847/2010 (Rec. 2938/2010) estima que “el artículo 40.1 del ET se refiere al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que le exija cambio de residencia, no al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de otra empresa. Tal precepto no contempla en rigor la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas, tal como parece sostener la recurrente, y si esto es así, no previéndola tal precepto ni ninguno otro en el texto estatutario, no existiendo pacto entre las partes para salvar el vacío legal, mal cabe que la actora tuviera que accionar ante la orden de traslado dentro del plazo de los veinte días, sencillamente porque no se cumplen los presupuestos del precepto en cuestión”.

pluriofensivas, esto es, tendrán impacto en todos los ámbitos de la vida de la persona trabajadora.

Sin embargo, en cuanto los órganos jurisdiccionales españoles avalan la interpretación relativa a que las medidas de movilidad geográfica pueden superar las fronteras del Estado, también han entendido que aplicables las garantías que establece esta norma a los conflictos derivados de las medidas de expatriación. Tal y como se advierte por la doctrina científica, éstos son inflexibles al aplicar el principio *solve et repete*, de modo que, el trabajador o trabajadora se encuentra obligada a cumplir la orden de expatriación para no incurrir en desobediencia sancionable por la empresa²²⁰. Este principio encuentra sus excepciones en el caso que la empresa actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho, en los supuestos en que las órdenes vulneren derechos fundamentales o cuando exista un riesgo cierto para la integridad física de la persona trabajadora²²¹⁻²²². Asimismo, entendemos que también constituirían una excepción al principio *solve et repete* los supuestos en que la medida de movilidad geográfica internacional afecte a los derechos de conciliación y corresponsabilidad, derivados del ejercicio de la patria potestad o deberes de guarda, puesto que una medida de tal naturaleza podría

²²⁰ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp.235-236. A propósito de la aplicación del principio *solve et repete*, los autores citan la STSJ de Aragón de 12 de julio de 1995, recurso número 526/1995, que declaró procedente el despido de un trabajador que se había negado a desplazarse a Argentina justificando dicha negativa en el hecho que había impugnado la orden ante el Juzgado de lo Social (p. 237).

²²¹ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp.235-236.

²²² En este sentido STSJ de Castilla y León, de 30 de octubre de 2017 (Rec. 1675/2017), que determina la improcedencia del despido de un trabajador que se negó a ser desplazado a Egipto. Señala el Tribunal: “el desplazamiento ordinario regulado en el Estatuto de los Trabajadores debe hacer referencia siempre a Estados, territorios y zonas en los cuales la realidad social en lo relativo al nivel de peligrosidad y a la intensidad de la puesta en peligro de los derechos fundamentales del trabajador desplazado no se aleje en exceso de lo que puede ser común en España y en los Estados de su entorno europeo. Cuando por esta vía se trata de imponer un desplazamiento a zonas en situación de guerra, graves conflictos o cualesquiera otras situaciones con un nivel de peligrosidad o de riesgo de grave vulneración de derechos fundamentales, no puede entenderse que tal orden empresarial quede amparada en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que ya no se trata de una mera adaptación de la prestación laboral a las necesidades de la empresa, sino una ruptura del sinalagma contractual, del equilibrio de las prestaciones laborales que dimanar del contrato [...] Y esta es precisamente la situación ante la que nos encontramos aquí, dado que el nivel de seguridad del lugar de desplazamiento ha llevado al Ministerio español de Asuntos Exteriores a emitir una recomendación para los ciudadanos españoles de no viajar al mismo. Por tanto, la imposición de una obligación de este tipo no puede fundarse en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores y el incumplimiento del trabajador de una orden como ésta, no asumida por un pacto previo al respecto, no constituye una desobediencia sancionable”.

vaciar de contenido dichos derechos²²³, de modo que la persona trabajadora podría oponerse a la medida invocando el fundamento constitucional de estos derechos. Por último, la persona trabajadora podría desobedecer directamente la orden en el caso en que la expatriación tuviese como destino una empresa del grupo, pues, al ser controvertido el amparo del artículo 40 ET a una medida de esta naturaleza, sería necesario su consentimiento para efectuar ese tipo de movilidad²²⁴.

En particular, las garantías otorgadas por el artículo 40 ET son diferentes en función de si la medida se encuadra en el supuesto del desplazamiento o de traslado. Si bien en ambos casos la persona trabajadora está facultada por la norma para impugnar la orden, pudiendo exigir ser repuesta en las condiciones anteriores una vez obtenida sentencia favorable²²⁵, únicamente en el caso de un traslado tendría un derecho de opción: acceder al traslado percibiendo una compensación con gastos, o bien extinguir el contrato de trabajo con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

A raíz de estas circunstancias, se ha sostenido que la persona trabajadora queda casi totalmente desprotegida a efectos prácticos, dado que se encontraría forzada incluso a cumplir una orden irregular por temor a una sentencia desfavorable, careciendo además de derecho a la opción extintiva indemnizada en los casos que

²²³ Aunque no es un supuesto de movilidad internacional, la STSJ de Madrid N.º 710/2011 de 22 de julio de 2011 (Rec. 5778/2010), resuelve el caso de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de una hija menor, que prestaba servicios en un centro de trabajo ubicado en Madrid y a la cual se le comunicó que debía trabajar tres días laborables en Ciudad Real, a más de 200 kilómetros de Madrid. Sostiene el TSJ: “[la demandada alega] que no estamos ante un supuesto de movilidad geográfica, habida cuenta que la actora no cambió de residencia -en realidad, no sabemos cómo podía atender debidamente dos puestos de trabajo situados a más de 200 kilómetros de distancia, tres días en Ciudad Real y los otros dos en Madrid-, ni tampoco se trata de una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, añadiendo que le satisfizo todos los gastos que por los viajes y estancia en Ciudad Real tuvo que soportar, lo que, si bien se mira, no es sino cumplimiento, sin más, de la obligación recogida en el artículo 20 de la norma pactada de aplicación [...] aunque no se aceptaran las razones expuestas con anterioridad, y se tratase de un supuesto de simple movilidad funcional o, en su caso, de movilidad geográfica débil al no haber sido menester cambiar de residencia, tesis que no podemos asumir, lo cierto y verdad es que la decisión empresarial en cuestión, como con acierto razona el Juez a quo, no puede ser arbitraria, ni infundada, lo que exige una justificación objetiva y, cuando menos, mínimamente motivada, así como que no contraríe ningún otro derecho de rango superior. Esto fue lo ocurrido en el caso que venimos examinando, en que la medida en cuestión privó de contenido a la reducción de jornada por cuidado de una hija menor que la demandante tenía reconocida, haciendo, de este modo, imposible la conciliación de la vida personal y familiar, de un lado, y la laboral, de otro”.

²²⁴ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 165.

²²⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: “La retribución del expatriado. Aspectos laborales y fiscales”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, p. 402.

el desplazamiento temporal resulte excesivamente oneroso, en términos personales o económicos²²⁶.

En efecto, el régimen jurídico para la persona trabajadora sujeto de una medida de desplazamiento solo contempla un derecho de descanso equivalente a cuatro días en su domicilio por cada tres meses de desplazamiento y la compensación de los gastos del viaje²²⁷, pero la norma no tiene en cuenta supuestos que, aunque inusuales, podrían producirse: por ejemplo, que la medida de movilidad se ejecute en el contexto de un contrato a tiempo parcial o que tenga como sujeto a una persona trabajadora que tenga una reducción de jornada por cuidado de un hijo o hija menor o persona con discapacidad o que la regulación de las dietas para compensar los gastos conforme al convenio colectivo no se ajusten al nivel de vida del país de destino, entre otros. Lo señalado tampoco quiere decir que el derecho a la extinción del contrato ante una orden de traslado sitúe a la persona trabajadora en una situación óptima, pues la orden empresarial implica que ésta se vea enfrentada a la disyuntiva de un cambio no deseado en su vida personal y laboral o una indemnización que en algunos casos puede ser meramente simbólica frente a las consecuencias de la extinción del contrato.

En lo que se refiere a las garantías otorgadas por el legislador frente a los traslados colectivos –los cuales afectan a un número de personas trabajadoras por encima de los umbrales previstos en la norma–, aquellas están referidas a una mayor complejidad en el procedimiento, que se traduce en una fase previa de consultas, de duración no superior a 15 días y en la cual interviene como interlocutora ante la empresa una comisión que representa a las personas trabajadoras²²⁸. Pese a que

²²⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: “La retribución del expatriado...”, ob. cit., pp. 404-406.

²²⁷ AGÍS DASILVA, Montserrat: *El lugar de trabajo...*, ob. cit., pp. 306-311.

²²⁸ Artículo 40.2 ET: “El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que este ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un periodo de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.
Dicho periodo de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus

un traslado colectivo es un supuesto poco probable en el caso de las medidas de expatriación –por cuanto un traslado de la empresa al extranjero implicaría una movilidad sin expectativa de retorno– cabe señalar que la elusión de las normas relativas al procedimiento de consultas implica la nulidad de la decisión empresarial si ésta es impugnada, según lo dispone el artículo 138.7 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social («LRJS»). Y en ese sentido, se sostiene que la eventual negativa del trabajador a cumplir una orden de expatriación que adolece de un vicio de nulidad no podría ser sancionada²²⁹.

Como es posible advertir, las garantías otorgadas por el artículo 40 ET resultan poco apropiadas en materia de expatriación, puesto que no compensan adecuadamente ni protegen los intereses de las personas trabajadoras sujetos de esta medida. Por otra parte, las modificaciones que ha experimentado la institución de la movilidad geográfica, en pos de una mayor flexibilidad interna en la empresa y el refuerzo del poder de dirección, tienen una repercusión negativa en la situación de las personas trabajadoras a quienes se aplica dicha medida, la cual se agudiza en los casos en que la movilidad geográfica ampara una medida de expatriación.

Pese a lo dicho, el artículo 40 ET constituye, como hemos señalado, la mejor alternativa disponible en el ordenamiento laboral español ante la ausencia de una norma que regule específicamente estos casos. Si bien, a nuestro entender, la solución más adecuada sería una revisión de esta disposición que incorporase expresamente el supuesto de la movilidad geográfica internacional, fijando fechas de efectos más extensas que permitan la impugnación de la medida antes de su ejecución y con una regulación más estricta desde una triple perspectiva – justificación de las causas, de la necesidad específica de adopción de dicha medida

consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

²²⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 380.

y de la afectación concreta de la persona trabajadora seleccionada—, lo cierto es que dicha revisión no se avizora en un futuro cercano.

1.2. La autonomía colectiva como fuente reguladora de la movilidad geográfica y, por ende, de la expatriación.

Tal como ha sostenido por la doctrina científica, en los casos en que la negociación colectiva trata la movilidad geográfica internacional o expatriación en su clausulado y determina una suerte de régimen jurídico, dicho tratamiento suele ser asistemático y no distingue con la movilidad geográfica en el interior de las fronteras²³⁰. En razón de lo anterior, y puesto que no puede entenderse como una temática independiente, el análisis de la autonomía colectiva como fuente reguladora de la expatriación debe efectuarse sobre la base del tratamiento que ésta otorga a la movilidad geográfica.

Teniendo en consideración que los convenios colectivos en esta materia hacen referencia tanto a las causas habilitantes como al establecimiento de condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas, las siguientes páginas abordarán dicho tratamiento en ese orden.

1.2.1. La imposibilidad de utilizar a la negociación colectiva como fuente habilitante de la expatriación.

En el análisis del contenido de los convenios colectivos en materia de movilidad geográfica, se ha apuntado que éstos pueden regular traslados o desplazamientos en supuestos diferentes a aquellos previstos en la ley²³¹. Con relación a esta función, las causas habilitantes de movilidad geográfica presentes en los textos convencionales han sido categorizadas de la siguiente manera: (i) necesidades del servicio; (ii) mutuo acuerdo entre empresa y trabajador, (iii) petición voluntaria del trabajador; (iv) las permutas, y (v) movilidad geográfica disciplinaria²³².

²³⁰ MOLINA MARTÍN, Amparo: "La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...", ob. cit., p. 112.

²³¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos...*, ob. cit., pp. 38-39.

²³² CORTE HEREDERO, Nieves: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp.80-83.

Mientras la primera de estas causales se identifica con el régimen legal²³³ de la movilidad geográfica y es regulada por los textos convencionales en forma complementaria²³⁴, la causal de mutuo acuerdo entre empresa y persona trabajadora se regula a través de la inclusión de requisitos procedimentales a la voluntad autónoma, remitiéndose respecto del contenido del acuerdo a las condiciones que pacten las partes, exigiendo que las mismas consten por escrito²³⁵⁻²³⁶. En lo que respecta a la movilidad geográfica por petición voluntaria de la persona trabajadora, se ha señalado que este supuesto de movilidad geográfica le sitúa, por lo general, al margen de los beneficios económicos asociados a la movilidad o bien carece de contraprestación adicional²³⁷⁻²³⁸.

Por otra parte, tanto en los casos de permuta como en la movilidad geográfica disciplinaria, el convenio no es únicamente fuente reguladora de movilidad geográfica, sino que también cumple la función de crear causales habilitantes para estos tipos de movilidad, en cuanto aquellas no están previstas por el ordenamiento laboral. En el caso de las permutas, éstas deben estar recogidas como derecho o

²³³ Entendemos que, en este supuesto, la regulación establecida en el convenio colectivo debe limitarse a delimitar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción establecidas en el artículo 40 ET a efectos de dotar a la movilidad geográfica internacional de mayor seguridad jurídica, más no podría ampliar las causas habilitantes de la adopción de dicha medida.

²³⁴ Véase el artículo 22.2 del Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (BOE 7-01-2020) que limita el tiempo de duración de la medida de desplazamiento: “Como norma general, en los desplazamientos al extranjero el alojamiento será por cuenta de la empresa (en hoteles de 3 estrellas o equivalente, como mínimo). El trabajador percibirá 110,00 € por día de desplazamiento. Aquellos desplazamientos con duración superior a un mes serán de carácter voluntario del empleado”.

²³⁵ BELTRÁN MIRALLES, Sofía: “Traslados y desplazamientos voluntarios”. *Actualidad Laboral*. 1997, Tomo III [edición electrónica].

²³⁶ A modo de ejemplo, el Artículo 32 Convenio colectivo de BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas (BOE 06-02-2018): “Se entiende por traslado el cambio de puesto de trabajo que implica para el empleado un cambio permanente de residencia. El traslado podrá realizarse:
a) A instancia del empleado, mediante petición escrita del interesado y, de accederse a ella, sin derecho de indemnización por parte del mismo.
b) Por mutuo acuerdo entre la Empresa y el empleado, estando sujeto su régimen a lo convenido entre las partes. Se incluirán dentro de este apartado los supuestos de traslados al extranjero y expatriación, que además de ser voluntarios deberán producirse con carácter temporal”.

²³⁷ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...”, ob. cit., p. 116.

²³⁸ En este sentido, el artículo 79.4 del Convenio colectivo general del sector de la Construcción (BOE 26-09-2017): “En los desplazamientos voluntarios mediante petición escrita del trabajador, no procederán las compensaciones y derechos regulados en este capítulo”.

como posibilidad en el convenio colectivo²³⁹, pues ante la falta de previsión, el arreglo entre las personas trabajadoras interesadas sólo valdría como propuesta para alcanzar un acuerdo con la empresa²⁴⁰, y en ese supuesto, la fuente reguladora de la movilidad geográfica será la autonomía individual.

Con respecto a la movilidad geográfica disciplinaria, se sostiene con acierto que una sanción de tal naturaleza debe estar expresamente prevista en el convenio colectivo²⁴¹. Aunque su legalidad es discutible, puesto que podría encubrir un interés empresarial en orden a forzar la dimisión, se ha entendido que la validez de la imposición de una medida de este tipo como sanción resulta, por una parte, de la remisión estatutaria al convenio colectivo a efectos de graduar las faltas y sanciones –de acuerdo con el artículo 58.1 ET– y por otra, del hecho que esta medida no se encuentra en el listado de sanciones prohibidas por el legislador en el mismo precepto²⁴².

En todo caso, cabe admitir que no resulta del todo lógica una sanción consistente en la expatriación del trabajador, considerando que la potestad disciplinaria se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, en concreto la libertad de residencia, así como el principio de proporcionalidad. A lo anterior, debemos añadir la concepción de la expatriación como una decisión estratégica de la empresa que, al suponer un costo económico importante,

²³⁹ Un ejemplo de permuta se encuentra en el Anexo 7 letra D) del X Convenio colectivo de Iberia LAE, SA, Operadora y sus tripulantes pilotos (BOE 28-12-2022), establece: “La asignación de las situaciones de destacamento o destinos, podrá ser de carácter voluntario o forzoso.

Voluntario: Tendrán prioridad entre los que lo hayan solicitado, el de más baja puntuación actualizada al día de iniciación del destacamento, y en caso de ser ésta igual, el de mayor antigüedad en la función. Forzoso: Cuando un destacamento o destino (inferior o superior a dos años), no se cubra total o parcialmente con pilotos que lo hayan solicitado con carácter voluntario lo será con pilotos enviados forzosos: [...]

– Todo piloto enviado forzoso podrá cambiar su turno con otro piloto, si ambos acceden, quedando obligado a ocupar el turno de este último cuando le toque”.

²⁴⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos...*, ob. cit., p. 46.

²⁴¹ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 248.

²⁴² ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 248.

constituye una apuesta por el trabajador por parte de la organización²⁴³ y no un castigo²⁴⁴.

Desde una perspectiva teórica, un supuesto en que la autonomía colectiva podría constituir una fuente habilitante de la expatriación se relaciona con la posibilidad de establecer cláusulas habilitantes de movilidad en el convenio colectivo, a fin de favorecer la movilidad en el seno del grupo de empresas²⁴⁵. En ese sentido, la movilidad intragrupo del trabajador podría derivar en una movilidad geográfica internacional, pues, por lo general la circulación de personas trabajadoras en el grupo de empresas implica otras modificaciones en la relación laboral²⁴⁶⁻²⁴⁷. No obstante, la validez de una cláusula habilitante de movilidad que implique una expatriación podría ser objetada desde el argumento que sostiene que la autonomía colectiva no puede establecer cláusulas que dispongan del lugar de trabajo, en cuanto el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la persona trabajadora que no desempeña actividades de carácter móvil lo impedirían²⁴⁸. Esta posición doctrinal se basa en la noción de la «resistencia del contrato individual frente al convenio colectivo», en virtud de la cual la autonomía colectiva no puede disponer de derechos de la persona trabajadora mediante cláusulas objetivamente

²⁴³ ESPINOSA DE LOS MONTEROS GARDE, Salvador y VERDEAL DURAN, Javier: “Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores”. *Información Comercial Española ICE: Revista de economía*. 2007, N.º 839, p. 104.

²⁴⁴ Pese a lo señalado, podemos encontrar un ejemplo en el artículo 162 del II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13-11-2019), en cuanto contempla la movilidad geográfica como sanción: “Para faltas muy graves: Traslado de residencia desde seis meses y un día hasta cuatro años; cumplida la sanción, la persona interesada podrá optar entre regresar de inmediato a su anterior residencia o permanecer en su nuevo destino”. En todo caso, la disposición no hace referencia a una eventual movilidad geográfica internacional y entendemos que se debe a que es un supuesto no contemplado por ésta”.

²⁴⁵ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 156.

²⁴⁶ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., pp. 157-158.

²⁴⁷ Al respecto, SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad...”, ob. cit., p. 100, sostiene que rara vez se produce una movilidad geográfica pura, de modo que para la tutela de las restantes modificaciones contractuales que impliquen una movilidad funcional o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, es necesaria la remisión en forma acumulativa a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 ET.

²⁴⁸ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., pp. 71-72.

desfavorables para ésta, cuando se trata de decisiones que afectan y tratan de novar situaciones preexistentes²⁴⁹.

A fin de evitar cuestionamientos sobre su admisibilidad, se ha sostenido en doctrina que el régimen de movilidad debería ser más tuitivo con la persona trabajadora en presencia de cláusulas habilitantes de movilidad geográfica, previendo garantías que pueden obtenerse de la aplicación analógica de los artículos 39, 40 y 41 ET²⁵⁰. Sin embargo, desde este planteamiento se reconoce que la instauración de este tipo de cláusulas es una alternativa poco utilizada, lo que encontraría explicación en el carácter tradicionalmente privilegiado de las personas trabajadoras expatriadas, en la usual regulación contractual de este tipo de materias y finalmente, en la dificultad que implica la negociación en el ámbito del grupo de empresas²⁵¹⁻²⁵².

1.2.2. Los convenios colectivos como fuente reguladora de condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas.

Una segunda función de la negociación colectiva en materia de expatriación se relaciona con la instauración de normas convencionales que complementan o mejoran el régimen establecido por el artículo 40 ET²⁵³, regulando las condiciones en que ésta debe pactarse por las partes y estableciendo, en algunos casos, derechos económicos en favor de la persona trabajadora²⁵⁴. Cuando dicha

²⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales". *Relaciones Laborales*. 1991, Tomo II [edición electrónica].

²⁵⁰ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 157.

²⁵¹ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 161.

²⁵² Un ejemplo de cláusula habilitante de movilidad geográfica puede encontrarse en el artículo 67.2 del V Convenio Marco del Grupo Endesa (BOE 17-06-2020), que establece: "la circulación de trabajadores entre las sociedades de Endesa podrá tener lugar entre empresas ubicadas en un mismo o distinto centro de trabajo y podrá efectuarse con o sin movilidad geográfica". Sin embargo, esta habilitación quedaría restringida a la figura de los desplazamientos, pues según previene el artículo 68.c de dicho convenio, "la circulación de trabajadores requerirá la conformidad del trabajador afectado, siempre que lleve aparejada la necesidad de cambio de residencia del domicilio habitual".

²⁵³ GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos...*, ob. cit., pp. 38-39.

²⁵⁴ Como sostiene MOLINA MARTÍN, Amparo: "La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...", ob. cit., p. 109, la regulación efectuada por la negociación colectiva

regulación se lleva a cabo en los convenios colectivos sectoriales, se ha sostenido que sus disposiciones constituyen una especie de sistema de normas comunes basadas en las experiencias de movilidad geográfica en dicho sector, adaptables a las particularidades de cada empresa²⁵⁵.

Sin embargo, según ha detectado la doctrina científica²⁵⁶, el tratamiento de la movilidad geográfica internacional por parte de la negociación colectiva está caracterizado tanto por su regulación insuficiente en relación con las fases de la expatriación y las condiciones de trabajo en cada una de éstas, como por reproducir en forma casi literal las disposiciones del artículo 40 ET²⁵⁷. En el mismo sentido, los convenios colectivos que hacen alguna referencia a esta materia adolecen de falta de precisión en la configuración de sus supuestos, ya que no realizan distinciones entre las distintas figuras que puede adoptar la movilidad internacional, ni establecen reglas diferenciadas según cada caso²⁵⁸.

En cuanto reproducen las deficiencias de la regulación efectuada por el artículo 40 ET, las normas convencionales referidas a la movilidad geográfica tampoco suelen tratar de forma diferenciada los desplazamientos nacionales e internacionales. Aunque no es posible aseverar que esta equiparación sea deliberada, cabe entender que sus disposiciones sí resultan aplicables a los supuestos de desplazamientos internacionales en los casos que una interpretación sistemática del convenio colectivo no permita deducir que se ha pretendido excluirlos²⁵⁹.

es útil para aproximarse, de manera indirecta, al contenido de los pactos particulares sobre movilidad geográfica.

²⁵⁵ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos...”, ob. cit., p. 110.

²⁵⁶ Este apartado debe construirse sobre la base del análisis efectuado por la única autora que se ha dedicado al estudio de las disposiciones convencionales en esta materia, siendo su trabajo más reciente MOLINA MARTIN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales”. Disponible en: <http://grupo.us.es/iwpr/2020/11/25/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-regulacion-de-los-desplazamientos-transnacionales/> Fecha de última consulta: 25 de agosto de 2021.

²⁵⁷ MOLINA MARTIN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva...”, ob. cit.

²⁵⁸ MOLINA MARTIN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva...”, ob. cit.

²⁵⁹ A modo de ejemplo, el artículo 30.1 del XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 26-07-2023) regula las dietas y desplazamientos en general, especificando el artículo 30.6 que “el trabajo que presten las personas trabajadoras españolas contratadas en España al servicio de empresas españolas en el extranjero se regulará por el contrato celebrado al efecto con

Asimismo, si bien algunos convenios colectivos limitan su ámbito territorial al Estado español, estimamos que esta circunstancia no determina la imposibilidad de aplicar las reglas referidas a la movilidad geográfica a las personas trabajadoras que serán sujetos de una medida de expatriación, puesto que, si la orden o el pacto de movilidad geográfica internacional se adopta o suscribe en el Estado español, el convenio y sus reglas resultan aplicables. Por otra parte, entendemos que el derecho de la Unión Europea admite la aplicación ultraterritorial de los convenios colectivos, puesto que, al establecer éstos condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras enviadas a prestar servicios temporalmente a otro Estado miembro, su aplicación puede ser una consecuencia del respeto a la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Ahora bien, pese a que los convenios colectivos que regulan expresamente la expatriación o movilidad geográfica internacional son escasos en relación con el universo de convenios colectivos suscritos en España, encontramos algunas disposiciones en el III Convenio colectivo de RTVE, que en su artículo 57 especifica una duración máxima diferenciada de la «comisión de Servicio», dependiendo si el destino es territorio nacional o extranjero, así como la regulación la jornada de trabajo durante la misión²⁶⁰; el artículo 44.2 del III Convenio colectivo estatal del

sumisión estricta a la legislación española y al presente Convenio. En consecuencia, dichas personas tendrán, como mínimo, los derechos económicos que les corresponderían en caso de trabajar en territorio español. La persona trabajadora y la empresa pueden someter sus litigios a la jurisdicción laboral española.”.

Asimismo, el artículo 1 del X Convenio colectivo de Iberia LAE, SA, Operadora y sus tripulantes pilotos (BOE 28-12-2022): “El ámbito y aplicación del presente convenio abarca todos los centros y dependencias de trabajo de la compañía, tanto en España como en el extranjero, en relación con el ámbito personal que se refleja en el artículo siguiente”.

Por el contrario, un ejemplo de exclusión expresa en lo que se refiere a condiciones laborales es el VII Convenio colectivo de BP Oil España, SAU (BOE 22-08-2014), que en su artículo 4 señala: El presente Convenio afecta a todas las personas que presten servicios de naturaleza laboral en BP Oil España, S.A.U., –referidas genéricamente como empleados–, con las excepciones siguientes: [...] c) Los empleados en régimen de expatriados, en aquellas materias que forman parte de sus condiciones especiales de asignación”.

²⁶⁰ Artículo 57.1.3 del III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA. (BOE 22-12-2020): ““La duración máxima de la comisión de servicio será de cuarenta y cinco días ininterrumpidos en territorio nacional y de dos meses en el extranjero. No obstante, si el plazo resultara insuficiente y lo exigen razones de servicio público, podrá prolongarse hasta otros treinta días en ambos casos [...]”

Durante el tiempo en el que la persona trabajadora deba realizar su trabajo en comisión de servicio, realizará la jornada y horarios requeridos por las necesidades del servicio o tarea para la que ha sido enviado.

En función del plan previo de actividad o teniendo en cuenta las particularidades de la actividad que durante el desplazamiento vaya a realizarse, se aplicará alguna de las siguientes fórmulas de cómputo:

– Cuando se prevea que la actividad a desarrollar no vaya a ocupar en su totalidad más tiempo que el de la jornada base en promedio de 37,5 horas semanales o con la ampliación de jornada asignada, la única variación se producirá en la medida en que la jornada deba fraccionarse a lo largo del día, en dos bloques entre los

sector del metal (CEM), referido a la aplicación de las condiciones de trabajo del lugar al cual se desplace a personas trabajadoras en el supuesto de desplazamiento al extranjero²⁶¹ y el artículo 13.2 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, que regula las dietas, compensación y beneficios en los desplazamientos internacionales²⁶². Estos convenios colectivos sirven de ejemplo para ilustrar los aspectos de la movilidad geográfica internacional que han recibido atención por parte de la negociación colectiva, los cuales se suman a la regulación de las dietas y compensación de gastos.

Teniendo en consideración su exigua regulación, se ha sostenido que, en los casos en que esta existe, los aspectos de la movilidad geográfica internacional o expatriación suelen estar referidos al establecimiento de complementos salariales vinculados a la prestación de servicios en el extranjero, a la regulación del tiempo

cuales no habrá un intervalo superior a 2,5 horas, para garantizar el descanso entre jornadas y en atención a las circunstancias del trabajo concreto a efectuar planificado por la empresa.

Cuando, por el contrario, se prevea que el tiempo de trabajo sea superior a la jornada señalada anteriormente, se podrá optar de mutuo acuerdo por la adscripción al régimen de jornada de rodaje por cada día de pernocta.

– Las horas realmente trabajadas durante la comisión de servicio se computarán dependiendo del régimen al que la persona trabajadora esté adscrita, abonándose las que excedan del total de horas ordinarias como horas extraordinarias, salvo que esté incluida en el complemento de jornada de rodaje o pacto de rodaje. Cuando en el desplazamiento no haya ninguna persona responsable de la planificación de los horarios del equipo desplazado que permita la firma por parte de los trabajadores, aplicará lo redactado en el artículo 42 en materia de registro de horarios, que serán incluidas en el resumen mensual.

– En el caso de que las necesidades del servicio o del desplazamiento impidan el disfrute del tiempo para comer o la necesidad de estar localizado durante este tiempo, se disfrutará del mínimo tiempo para el desayuno, comida o cena y será computable como jornada laboral.

– Si durante los días de seguimiento de la comisión de servicio coincide el trabajo en sábado, domingo y/o festivo recogido en el calendario laboral de la empresa, estos días se compensarán además con el módulo de festivo y, en el caso de que no le corresponda trabajar en ese día, se le compensará con el día libre correspondiente”.

²⁶¹ El párrafo 1 del artículo del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (BOE 19-12-2019) establece: “Las empresas afectadas por el presente convenio, establecidas en España que desplacen temporalmente a sus personas trabajadoras a territorio extranjero, deberán garantizar a estos las condiciones de trabajo establecidas en el lugar al que se les desplace. Todo ello sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de la legislación aplicable a su contrato de trabajo o de su convenio colectivo”. En su párrafo 10, dispone que “cuando en el país de destino no se pueda garantizar la atención sanitaria a las personas trabajadoras, o se prevea que esta no cumple al menos los mínimos que cubre la atención sanitaria española, las empresas concertarán un seguro médico para asegurar la atención sanitaria en el país de destino, debiendo entregar copia de la póliza a la persona trabajadora antes de efectuar el desplazamiento”.

²⁶² Solo a modo de ejemplo, se transcribe un fragmento del artículo 13.2 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (BOE 15-01-2022): “Para estancias programadas inferiores a tres meses serán de aplicación los conceptos y cuantías establecidas para el ámbito estatal (comida, cena y varios) incorporando, en su caso, (cuando no esté incluido en el alojamiento) el concepto de desayuno (8,72 euros). Para estancias superiores a tres meses e inferiores a nueve meses, previamente programadas y aceptadas voluntariamente por el Trabajador o la Trabajadora, se incorpora el concepto de desayuno (8,82 euros), en los conceptos de comida, cena y desayuno [...]”.

de trabajo, así como cláusulas de protección social y salud²⁶³, sin que los contenidos de dichas disposiciones nos permitan sistematizarlas, dada su especificidad.

En todo caso, es necesario tener presente que, en el ámbito de la Unión Europea, las disposiciones convencionales referidas al «núcleo duro» de la relación laboral regulado por la Directiva 96/71/CE²⁶⁴ solo se aplicarán en la medida que resulten más favorables en comparación con las normas del Estado al cual se envía a la persona trabajadora (Estado de acogida), normas entre las cuales se encuentran determinados convenios colectivos suscritos en dicho Estado. Así, con respecto a determinadas condiciones laborales, las disposiciones convencionales españolas en materia de movilidad geográfica podrían quedar relegadas en razón de la aplicación de normas más favorables del Estado de acogida.

De lo señalado es posible inferir que la ausencia de una referencia expresa a la expatriación o movilidad geográfica internacional no implica que sea una temática desconocida para los convenios colectivos, pues esta sí encuentra tratamiento en los textos convencionales al amparo de la movilidad geográfica, cuyas disposiciones pueden aplicársele analógicamente. De todos modos, tal y como advierte la doctrina científica, la negociación colectiva tiende a redirigir su regulación a la autonomía individual, sea estableciendo expresamente la negociación individual o validando su ordenación en sede empresarial a través de

²⁶³ MOLINA MARTIN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva...”, ob. cit.

²⁶⁴ El artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, incluye entre las condiciones del núcleo duro a las disposiciones relativas al tiempo de trabajo; la remuneración; las condiciones para la cesión de los trabajadores por empresas de trabajo temporal; la salud, seguridad e higiene en el trabajo; medidas de protección a las condiciones de trabajo de personas trabajadoras especialmente protegidas; igualdad de trato entre hombres y mujeres y normas referidas a la no discriminación; condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador y complementos o reembolsos por gastos de viaje, alojamiento y manutención con ocasión de una movilidad que se inicie en el Estado de acogida.

instrumentos unilaterales²⁶⁵⁻²⁶⁶. Por lo tanto, y salvo puntuales excepciones²⁶⁷, debemos concluir que la autonomía colectiva tiene una importancia secundaria en el sistema de fuentes reguladoras de la expatriación, en atención a su escaso tratamiento por los textos convencionales, la ausencia de regulaciones que modifiquen en forma sustancial el régimen jurídico establecido por el artículo 40 ET, así como la frecuente remisión en los convenios colectivos a la autonomía individual y a instrumentos que no trascienden el seno de las empresas.

1.3. La autonomía individual.

1.3.1. El acuerdo entre las partes o «pacto de expatriación».

La tercera causa habilitante y fuente reguladora de la expatriación está constituida por la autonomía individual, en virtud de la cual la modificación del lugar de trabajo

²⁶⁵ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...”, ob. cit., pp-105-106.

²⁶⁶ Por ejemplo, el artículo 39.4 del XXIV Convenio colectivo de Nokia Spain, S.A. (BOE 15-11-2021) remite el tratamiento de la expatriación a las previsiones de su política corporativa: Viajes al extranjero: se aplicará la política corporativa de expatriación establecida a tales efectos en los gastos de desplazamiento, manutención y alojamiento, ya sea en procesos de expatriación de larga duración (Long Term Assignment - LTA-) como de corta duración (Short Term Assignment - STA-).

En el caso de viajes al extranjero que no estén regulados por la política corporativa de expatriación (duración prevista inferior a 30 días) se aplicará la política corporativa de gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención que se establezcan corporativamente. En este sentido, Nokia ha definido límites de asignaciones diarias internacionales de manutención, que se actualizan anualmente y se mantienen en las políticas específicas de cada país/entidad legal debido a normas legales y tributarias, y que se liquidarán a través de la herramienta de gestión de gastos que la corporación establezca en cada momento”.

Asimismo, el artículo 32 letra b) del Convenio colectivo de la empresa BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas (BOE 06-02-2018), establece que “Se entiende por traslado el cambio de puesto de trabajo que implica para el empleado un cambio permanente de residencia. El traslado podrá realizarse:

a) A instancia del empleado, mediante petición escrita del interesado y, de accederse a ella, sin derecho de indemnización por parte del mismo.

b) Por mutuo acuerdo entre la Empresa y el empleado, estando sujeto su régimen a lo convenido entre las partes. Se incluirán dentro de este apartado los supuestos de traslados al extranjero y expatriación, que además de ser voluntarios deberán producirse con carácter temporal”.

²⁶⁷ El Convenio colectivo de la Agencia EFE (BOE 15-10-2010) representa una excepción, en cuanto establece una extensa regulación de la permanencia de sus trabajadores en el extranjero, a la que denomina “Estatuto del exterior”. No obstante, sigue la tendencia general en relación con la remisión a la autonomía de la voluntad como causa habilitante de la expatriación, en cuanto su artículo 50.1 establece que “ningún trabajador podrá ser obligado a trasladarse a cualquiera de los centros que la Empresa tiene en el extranjero”. En el supuesto de los desplazamientos, el artículo 52 dispone que “cuando el desplazamiento sea sin acuerdo, la Empresa deberá ajustarse al procedimiento, condiciones y compensaciones que establece el artículo 40.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo abonar, además de los salarios, los gastos de viaje y los gastos de alojamiento y manutención establecidos en el artículo 50.4.b [referidos a la compensación de gastos en caso de traslados derivados de necesidades objetivas de la empresa]”.

y las condiciones en que se efectuará la movilidad son determinadas de mutuo acuerdo por la persona trabajadora y la empresa.

Antes de comenzar el análisis de la autonomía individual como fuente reguladora de la expatriación, parece necesario indagar sobre su interacción con las otras fuentes, es decir, si la autonomía colectiva o el régimen legal tienen alguna injerencia en los pactos de expatriación. En lo que se refiere a la autonomía colectiva, tal y como se ha señalado previamente, ésta tiende a remitir tanto la decisión de expatriación como su regulación a la autonomía individual, no obstante, en casos excepcionales determina un marco para la negociación entre las partes y establece requisitos procedimentales²⁶⁸.

Con respecto a la interacción de la autonomía individual y el régimen legal establecido por el artículo 40 ET, la doctrina mayoritaria estima que esta disposición no resulta aplicable en el supuesto que la movilidad se origine en un acuerdo entre las partes, caso en el que se estará a lo convenido por las mismas²⁶⁹. Por este motivo, algunos autores han explicitado que la consideración del pacto de movilidad, como supuesto excluido del ámbito de aplicación del artículo 40 ET, implica su sujeción a las reglas generales de los contratos²⁷⁰, con las consecuencias a las que nos referiremos más adelante. A estos argumentos debe añadirse que la posición de la doctrina mayoritaria es avalada por doctrina judicial reciente, la cual, en materia de expatriación, ha estimado inaplicable el artículo 40

²⁶⁸ El artículo 50.2 del Convenio colectivo de la Agencia EFE (BOE 15-10-2010) dispone que “cuando el traslado se realice de mutuo acuerdo entre el trabajador y la Empresa, se estará a las condiciones y compensaciones que las partes convengan y que no podrán ser inferiores en su conjunto a las mínimas establecidas para los supuestos de carácter voluntario ni superiores a las establecidas para los traslados por causas objetivas. Deberá ser comunicado a la representación legal de los trabajadores para conocer las motivaciones que justifican el traslado”.

²⁶⁹ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 483; GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores...”, ob. cit.; LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 230; MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 226; SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad...”, ob. cit., p. 99.

²⁷⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel: *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de la jornada tras la reforma laboral de 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, p. 30; LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p.229.

ET a los supuestos en que el desplazamiento o traslado ha sido acordado por las partes²⁷¹.

Por el contrario, una posición doctrinal minoritaria estima que los pactos de movilidad geográfica no pueden suponer una derogación del artículo 40 ET, que, al constituir una disposición de derecho necesario relativo, sólo admite la mejora de los derechos reconocidos en la norma²⁷². En ese sentido, se ha sostenido que la autonomía privada se encuentra limitada tanto por la imposibilidad de establecer condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos *ex. art. 3.1.c) ET*, como por la prohibición de disponer de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario *ex. art. 3.5 ET*²⁷³. Así, en materia de modificación del lugar de trabajo, estas limitaciones se enfocarían en el régimen de movilidad geográfica establecido por el artículo 40 ET y el derecho del trabajador a desempeñarse en un puesto laboral concreto, conforme a los artículos 4.2.a) y 5.a) ET²⁷⁴.

Aunque ha de reconocerse que el régimen de movilidad geográfica busca atemperar un poder empresarial que en los supuestos de movilidad por mutuo acuerdo no ha sido ejercido, concluir que los derechos económicos contenidos en el artículo 40 ET no serían aplicables a la movilidad por mutuo acuerdo supondría que no existen condiciones mínimas que constituyan un punto de partida en la negociación de las condiciones de expatriación, teniendo en consideración que existe una parte más débil. En ese sentido, nos parece que la persona trabajadora

²⁷¹ En efecto, la STSJ de Andalucía, de 31 de marzo de 2016, N.º 925/2016 (Rec. 1208/2015), estima que “el juzgador inicia el razonamiento desde una indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 40 de Estatuto de los Trabajadores, pues en el mismo se regulan los traslados y desplazamientos decididos unilateralmente por la empresa por existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero no los supuestos en el que el desplazamiento o traslado viene acordado por las partes. En este caso, habrá que estar al contenido del acuerdo, y no a lo que se dispone en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que ese pacto no implique renuncia de derechos establecidos en las disposiciones legales o convencionales. Y mal se puede mantener que haya renuncia de derechos de la trabajadora, reconocidos en una fuente de la relación laboral indisponible para el trabajador, sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto que el desplazamiento a México no le fue impuesto por la empresa, sino que fue fruto, como ya hemos dicho, de un acuerdo vinculado a otro que previamente habían suscrito por la empleadora y el marido de la actora, que trabajaba para la misma”.

²⁷² CORTE HEREDERO, Nieves: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 90-91.

²⁷³ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., pp.231-233.

²⁷⁴ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 233.

queda en una posición muy desfavorecida si las garantías establecidas en el artículo 40 ET son tan fácilmente eludibles mediando la suscripción de un acuerdo.

Debemos añadir que el pacto de movilidad geográfica no siempre es celebrado en el momento que debe producir efectos. En lo que se refiere al momento en que las partes pueden pactar la movilidad geográfica, se ha distinguido entre dos alternativas: (i) la «aceptación en caliente» y (ii) la «aceptación en frío»²⁷⁵.

Así, en virtud de la «aceptación en caliente», el pacto de movilidad geográfica tendrá lugar durante el transcurso de la relación laboral y podrá adoptar la forma jurídica que las partes le otorguen, esto es, un acuerdo novatorio modificativo o extintivo, una suspensión del contrato de trabajo o una excedencia voluntaria.

Sin embargo, la posibilidad que el pacto de movilidad se formalice mediante una «aceptación en frío» –esto es, mediante una cláusula estipulada en el momento que se constituye la relación laboral²⁷⁶– resulta un asunto cuestionable, que adquiere aún más relevancia en los casos de movilidad internacional. A este respecto, se ha señalado que las partes podrían ampliar «en frío» el aspecto locacional de la relación laboral de dos formas: bien encuadrando a la persona trabajadora en una categoría profesional que tenga a la movilidad como su rasgo configurativo, bien incluyendo estipulaciones en el contrato de trabajo que permitan a la empresa decidir la movilidad geográfica del trabajador, a las que se denomina «cláusulas de reserva de modificación»²⁷⁷.

En cuanto confieren a la empresa la facultad de alterar discrecionalmente el lugar de prestación de los servicios²⁷⁸, la validez de las cláusulas de reserva de modificación resulta discutible. Se ha estimado que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 3.1.c) ET un pacto en que la persona trabajadora aceptara todas las

²⁷⁵ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 157. Si bien esta distinción se efectúa para efectos de la movilidad de los trabajadores en el seno del grupo de empresas, la clasificación resulta igualmente válida para analizar la movilidad internacional de los trabajadores. Por lo demás, este modo de clasificar los pactos de movilidad en relación con el momento de su constitución es utilizado por varios autores.

²⁷⁶ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., p. 157.

²⁷⁷ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 234.

²⁷⁸ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 234.

modificaciones locativas sustanciales sería nulo, pues no sólo implicaría dejar en manos del empresario el cumplimiento del contrato de trabajo –supuesto expresamente prohibido por el artículo 1256 del Código Civil–; sino que vulneraría las previsiones del artículo 40 ET para el ejercicio de la movilidad geográfica unilateral, en cuanto no sería posible sostener que una estipulación de tal contenido constituya un pacto de movilidad geográfica²⁷⁹. Por idénticos motivos, sería nulo un acuerdo en virtud del cual el lugar de trabajo comprendiere toda la dimensión locativa de la empresa, en el supuesto de prestaciones que no tienen carácter móvil, ni por su naturaleza ni por el modo en que se ha organizado su desarrollo²⁸⁰⁻²⁸¹.

Frente a este argumento, se ha matizado que tales cláusulas serían admisibles para dar cobertura locacional a algunas actividades, pero su interpretación debe realizarse en forma estricta y valorando las circunstancias concurrentes, ya que su introducción en el contrato de trabajo no sólo podría implicar el menoscabo de derechos laborales a través de la elusión del artículo 40 ET, sino que también podría indeterminar el lugar de la prestación de los servicios²⁸². En concreto, se ha estimado que es posible evitar los cuestionamientos a la validez estableciendo especificaciones tales como la determinación de los posibles destinos, duración de la asignación internacional, garantías de no regresión laboral y «cláusulas de

²⁷⁹ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., pp. 68-69.

²⁸⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo...*, ob. cit., p. 69.

²⁸¹ Así, por ejemplo, la STSJ de Canarias, de 11 de noviembre de 2009, N.º 1537/2009 (Rec. 1169/2009) consideró nula una cláusula en virtud de la cual el trabajador aceptaba ser trasladado a cualquier establecimiento hostelero de la empresa –incluyendo destinos internacionales– y que posteriormente fue modificada para restringir el ámbito de movilidad geográfica a los establecimientos de la Comunidad Autónoma. Originalmente, la cláusula cuestionada establecía que "el trabajador al contratar con esta empresa [...] conoce y acepta que puede ser trasladado, respetando sus condiciones laborales, a cualquier establecimiento hostelero que el grupo posea dentro del Área- Canarias (incluye en la distribución empresarial además de en las Islas Canarias, Cabo Verde, Madeira y Marruecos)". Tal estipulación fue posteriormente sustituida por la siguiente: "El trabajador al contratar con esta empresa, [...] conoce y acepta que puede ser trasladado, respetando sus condiciones laborales, a cualquier establecimiento hostelero que el grupo posea en las Islas Canarias".

Esta última cláusula fue considerada por los sentenciadores "de tal amplitud que desborda los límites del «lus variandi» empresarial abarcando supuestos de desplazamiento y traslado sin sujeción al régimen jurídico específico que para cada caso establece el artículo 40 ET [...] quedando la concreción o determinación del lugar de trabajo al arbitrio de la empresa, razones estas que conducen a la ratificación de la conclusión alcanzada por la Juzgadora, pues indefectiblemente las cláusulas que dejan el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes son nulas".

²⁸² ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, p. 234.

escape», en caso de cambio en las circunstancias que pudieran justificar la voluntad de retorno de la persona trabajadora²⁸³.

En suma, el pacto de movilidad geográfica –y de expatriación– puede estipularse tanto en el contrato de trabajo como en un momento posterior de la relación laboral, pero de la controversia que genera la posibilidad de establecer cláusulas de movilidad «en frío», en atención a su potencial utilización para eludir el régimen de movilidad geográfica, se derivaría que el ámbito de autonomía de las partes tenga, en este supuesto, márgenes más estrechos.

En lo que se refiere a los efectos del pacto de movilidad geográfica, se ha sostenido que éste hace innecesaria la justificación de la decisión empresarial, por cuanto el traslado o desplazamiento se realiza en ejecución del pacto²⁸⁴. O bien, desde otra perspectiva, es la inaplicación del artículo 40 ET a la movilidad por mutuo acuerdo la que determina la prescindencia de justificación en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Asimismo, salvo en supuestos de movilidad geográfica patológicos o en que exista una «cláusula de escape» –esto es, supuestos en los cuales se libera o exime a la persona trabajadora del deber de movilización²⁸⁵–, el pacto de movilidad geográfica impide la extinción indemnizada del contrato de trabajo por parte de la persona trabajadora.

En cuanto a los derechos económicos reconocidos por el artículo 40 ET, si bien se ha argumentado que pactar compensaciones económicas más desfavorables que las establecidas en el régimen legal supondría una renuncia de los derechos reconocidos legalmente a la persona trabajadora²⁸⁶, la doctrina científica mayoritaria y los pronunciamientos de la doctrina judicial –que niegan la aplicación de la norma estatutaria a la movilidad paccionada– entienden lo contrario. En este

²⁸³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 252.

²⁸⁴ BELTRÁN MIRALLES, Sofía: “Traslados y desplazamientos voluntarios”, ob. cit.; GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos...*, ob. cit., p. 42.

²⁸⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 253-254.

²⁸⁶ CORTE HEREDERO, Nieves: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 90-91.

sentido, se ha sostenido que, dado que el trabajador no ostenta derechos económicos mínimos por no ser invocable el artículo 40 ET²⁸⁷, en esta materia regirían sin limitaciones las reglas civiles de contratación, toda vez que los pactos entre las partes no constituirían renuncia de derechos reconocidos legal o colectivamente²⁸⁸.

Es posible que la idea subyacente a esta interpretación doctrinal sea la imposibilidad de que exista un pacto entre las partes con condiciones menos favorables que el régimen de movilidad geográfica, pues en tal caso, bastaría a la persona trabajadora no aceptar las condiciones ofrecidas por la empresa a efectos de tener acceso al régimen de movilidad geográfica establecido por el artículo 40 ET. Sin embargo, en los hechos sí podría darse el supuesto de pactos que ofrezcan menos protección que el propio régimen legal, los que podrían estimarse válidos si no adolecen de vicios del consentimiento.

Por lo anterior, estimamos que sería necesario establecer ciertas cautelas a través de la legislación laboral, a fin de garantizar que el acuerdo mediante el cual se modifica el lugar de prestación de servicios reconociese a la persona trabajadora al menos los derechos que ésta tendría en caso de ser aplicable el régimen de movilidad geográfica. En subsidio, si no existe una reforma legal y la doctrina científica y judicial mantienen su posición relativa a que los derechos establecidos por el artículo 40 ET no son atribuibles ni constituyen un estándar mínimo para la expatriación pactada, la solución podría alcanzarse mediante una intervención más intensa de la negociación colectiva. En efecto, en los sectores y empresas en que se detecte que esta práctica es habitual, la negociación colectiva podría asumir un rol activo en el establecimiento de derechos mínimos y reglando también los aspectos conflictivos a los que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores. Esta intervención no solo favorecería la protección de las personas trabajadoras que deban negociar las condiciones laborales asociadas a su movilidad, sino que

²⁸⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., pp. 253-254.

²⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, ob. cit., p. 483.

repercutiría en un mayor protagonismo de la negociación colectiva como fuente reguladora de la expatriación.

1.3.2. La voluntad de la empresa formalizada a través de instrumentos unilaterales generales o colectivos.

Se ha sostenido que, en contraposición a décadas anteriores, en las cuales la estrategia de las empresas que internacionalizaban a sus trabajadores y trabajadoras obligaba a ofrecer a la persona seleccionada beneficios casi ilimitados, en la actualidad las grandes multinacionales suelen contar con normas internas que definen de un modo detallado la situación y condiciones de las personas trabajadoras expatriadas²⁸⁹. En el mismo sentido, la doctrina ha advertido que una tendencia en expansión en el ámbito de las multinacionales españolas es la utilización de «políticas corporativas» o «protocolos empresariales»²⁹⁰, esto es, un conjunto de usos que actúa como referente de pactos de movilidad posteriores²⁹¹.

En términos generales, las políticas corporativas son instrumentos de divulgación interna²⁹² que establecen las condiciones en que debe realizarse la movilidad

²⁸⁹ NAVARRO JÚLVEZ, Diego: “Las políticas de movilidad europea...”, ob. cit., pp.275-276.

²⁹⁰ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el seno de las empresas españolas”. Trabajo y derecho. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

²⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”. Trabajo y derecho. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

²⁹² En efecto, las políticas corporativas en materia de expatriación o asignación internacional no son de acceso público, si bien puede deducirse su contenido a partir de ponencias publicadas en la web y su alusión en sentencias judiciales.

A modo de ejemplo, la política de movilidad internacional de Endesa establece, entre otros beneficios, el pago de una vivienda en el destino, un número determinado de viajes de vacaciones para la persona trabajadora y su familia, reembolso de cuotas de incorporación, matrículas y mensualidades de los hijos en edad escolar que convivan con la persona trabajadora, seguro médico internacional para la persona trabajadora y su familia, vehículo de uso mixto, formación para él o la cónyuge, etc. Información disponible en: https://ihrmeeting.com/wp-content/uploads/2019/06/Presentaci%C3%B3n_Beneficios-RetributivosMovilidad_Experiencia_Revisi%C3%B3n_Ajuste_ENEL-ENDESA.pdf Fecha de última consulta: 05 de febrero de 2023.

Por su parte, la versión de 2008 de la Política de Asignaciones Internacionales de Indra, en relación con los elementos retributivos a percibir por la persona trabajadora expatriada expresa: “El modelo aquí presentado es de uso generalizado dentro de las empresas de nuestro entorno [...] El nivel de ingresos o Retribución Bruta a percibir en el país de destino se calculará a través de la hoja de Balance. Para ello, y partiendo de la Retribución Fija total del país de origen (más la retribución variable teórica en caso de que el expatriado esté incluido en este tipo de compensación), se descontarán las cantidades que le corresponda pagar en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas o impuesto personal y las cuotas a cargo del empleado al sistema nacional de salud o seguridad social.

El resultado de las operaciones aritméticas anteriores, nos permitirá conocer la Retribución Neta que le correspondería en el país de origen.

internacional: entre otros aspectos, determinan las modalidades de asignación de traslados, los criterios de selección de quienes protagonizarán la movilidad internacional, condiciones laborales que tendrá la persona trabajadora durante la prestación de servicios en el extranjero y en general, cualquier modificación que pueda experimentar la relación laboral con ocasión de la movilidad internacional²⁹³. En otras palabras, las políticas corporativas o protocolos empresariales son una manifestación formalizada de la voluntad de la empresa y encauzan el poder negociador de ésta a ciertos estándares previstos en los referidos instrumentos. A nuestro entender, estos instrumentos también podrían ser aplicables como una mejora a las condiciones de la expatriación *ex art.* 40 ET, sin perjuicio de que la fuente de la movilidad en tal caso continuaría siendo aquella norma.

Pese a que pueden adoptar distintas denominaciones, se sostiene que un rasgo común en estos instrumentos es su redacción por parte de la empresa en forma autónoma, sin la participación de representantes de las personas trabajadoras en su elaboración²⁹⁴, una ausencia que puede arrojar dudas sobre su legalidad, en tanto que podría dar lugar a supuestos de «contratación en masa». En este sentido, si bien estas políticas significan un límite autoimpuesto a la discrecionalidad de la empresa y otorgan cierto grado de certeza a quienes protagonizan la movilidad, el hecho que su instrumentación no sea negociada asemeja al futuro pacto con la

La Renta Neta en el País de Origen se verá modificada por un determinado factor denominado Índice de Coste de vida [...]

El siguiente paso será sumar a esta Retribución Neta del País de Destino un determinado porcentaje de la Retribución Fija más la Retribución Variable (si procede) del empleado en el país de origen, en concepto de Asignación Económica.

De igual manera, incluiremos la cantidad resultante de aplicar un determinado porcentaje a la Retribución Fija más la Variable del empleado en el país de origen, en concepto de Complemento Calidad de vida, si su aplicación estuviera establecida en ese país [...]

Con todo lo anterior obtendríamos la Retribución Total Neta en el País de Destino, retribución que será elevada a su importe bruto para establecer la Retribución bruta en el país de destino...”

Información disponible en: https://diarium.usal.es/wsr_proyecto/files/2013/08/Politica-de-asignaciones-internacionales-de-Indra.pdf Fecha de última consulta: 05 de febrero de 2023.

Otro ejemplo lo encontramos en STSJ de Madrid N.º 879/2013 de 18 de diciembre de 2013 (Rec. 503/2013), en la cual figura como antecedente de hecho la política de movilidad de la empresa CEMEX, en virtud de la cual el plazo máximo de una expatriación es de tres años. Asimismo, la STSJ de Madrid N.º 222/2022 de 8 de abril de 2022 (Rec. 153/2022) en la cual se hace alusión al Programa Global Mobility de Coca Cola Company, que no garantizaba de ningún modo el regreso a la compañía de origen tras la expatriación.

²⁹³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

²⁹⁴ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...”, ob. cit., p. 104.

persona trabajadora a un contrato de adhesión, puesto que la voluntad de ésta se ve limitada a manifestar o no su aceptación.

Un aspecto que genera dudas en relación con los protocolos empresariales se refiere a su aptitud obligacional: aunque en principio sólo crean derechos y obligaciones para la empresa matriz y sus trabajadores y no a la filial a la que serán destacadas las personas trabajadoras, se señala que la solución para su efectividad se encuentra en la imposición de su acatamiento por medio de las relaciones de propiedad y control entre matriz y filiales²⁹⁵. De tal modo, en cuanto utilizan mecanismos corporativos para convertir en obligatorias, decisiones cuya exigibilidad es puramente interna, se sostiene que las empresas multinacionales se transforman en organizadoras de la producción de reglas más allá de los ordenamientos laborales nacionales²⁹⁶.

Un instrumento unilateral que encuentra en los últimos años una revitalización en el marco de la responsabilidad social empresarial (en adelante, «RSE»), son las políticas de RSE, las cuales, en su vertiente interna, aglutinan iniciativas cuyas destinatarias son las personas trabajadoras²⁹⁷. En cuanto también emergen de la voluntad de la empresa²⁹⁸ –según su concepción clásica– quizás su elemento diferenciador en relación con las políticas corporativas podría ser su vocación de establecer beneficios sociales para las personas trabajadoras, que en el caso de las expatriadas supondría la contratación de seguros de salud o accidentes, formación en idiomas o viajes anuales al país de origen, por indicar algunos ejemplos. En efecto, se ha señalado que los beneficios sociales son un ámbito en que la empresa puede adquirir un mayor compromiso que aquel que se deriva las

²⁹⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

²⁹⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

²⁹⁷ MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos...”, ob. cit., p. 121.

²⁹⁸ MOLL NOGUERA, Rafael: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*. 2017, Vol. 5, N.º 1, p. 13.

normas legales y convencionales, pero en algunos casos las empresas prefieren vincularlos a la RSE, a fin de evitar la creación de condiciones más beneficiosas²⁹⁹.

De todos modos, si los contenidos laborales que podrían conformar la RSE interna son coincidentes con los propios de la negociación colectiva³⁰⁰ –o al menos convergen parcialmente, por cuanto tienen el mismo objeto–, la regulación de la movilidad internacional por medio de la RSE interna, a nuestro parecer, no debería cumplir más que un rol complementario. Al constituir un ámbito de actuación voluntaria de la empresa³⁰¹, las medidas de RSE no pueden ni deben reemplazar al convenio colectivo o al pacto de expatriación. En ese sentido, coincidimos con quien sostiene que el trasvase de materias de negociación colectiva a la responsabilidad social corporativa es peligroso por “*destruir el papel garantista de la vía negociada*”³⁰², pero debemos añadir que por sobre todo implica una lesión al derecho a la negociación colectiva, al sustraer tales materias de la intervención de los sujetos legitimados. Situación distinta sería el recurso a los instrumentos de *soft law* en los supuestos que los ordenamientos laborales estatales o el convenio colectivo puedan resultar ineficaces.

En todo caso, la tendencia actual en relación con las medidas de RSE es que éstas sean fruto de un consenso con las partes interesadas, por cuanto la coherencia con los principios de la RSE implica la participación de las personas o grupos a los que concierne una determinada actuación³⁰³. De tal modo, la participación o codecisión de las personas trabajadoras y sus representantes sería en sí misma una medida de RSE en los casos que no viene exigida por la ley y bajo esta lógica, la RSE

²⁹⁹ DEL REY GUANTER, Salvador: “Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales”. *Temas Laborales*. 2009, Vol. 1, N.º 100, p. 153.

³⁰⁰ MOLL NOGUERA, Rafael: “La dimensión laboral interna...”, ob. cit., p. 9.

³⁰¹ DEL REY GUANTER, Salvador: “Responsabilidad social de la empresa...”, ob. cit., pp.149-150.

³⁰² MOLL NOGUERA, Rafael: “La dimensión laboral interna...”, ob. cit., p. 28.

³⁰³ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: *Aspectos jurídico-laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2008, p. 206.

interna podría constituir una solución para su participación en la elaboración de políticas corporativas relativas a la expatriación.

En definitiva, la posibilidad de actuación de la empresa en el ámbito de la regulación de la movilidad geográfica supone su contribución indirecta para convertir a las políticas corporativas y políticas de RSE en instrumentos de elaboración bilateral. Contribución que no es baladí, si consideramos que la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de movilidad geográfica y de expatriación es preferible frente al *ius variandi* de la empresa y que la voluntad de ésta expresada a través de instrumentos consensuados con las personas trabajadoras y/o sus representantes dejaría menos margen al abuso y la arbitrariedad.

2. La cobertura jurídica utilizada para implementar la expatriación de la persona trabajadora y sus problemáticas.

Una vez que se ha determinado la expatriación de la persona trabajadora, las empresas se ven enfrentadas a la cuestión de establecer la forma jurídica a través de la cual se materializará la movilidad internacional.

A efectos de organizar la exposición sobre las fórmulas adoptadas para formalizar la expatriación y su tratamiento por parte de la doctrina, estimamos que la sistematización más adecuada es aquella que distingue según quien es el receptor de los servicios de la persona trabajadora³⁰⁴. En ese sentido, es posible reconocer tres supuestos: (i) la expatriación intraempresarial, en la cual el trabajador es expatriado en el seno de la misma empresa; (ii) la expatriación en el interior del grupo de empresas, en virtud de la cual el trabajador es expatriado para prestar

³⁰⁴ En este aspecto, nos basamos parcialmente en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., pp.226-227, quienes describen las diversas modalidades de formalización de la expatriación de acuerdo con el objetivo empresarial que motiva la expatriación. Para estos autores, los distintos escenarios son: "a) Ejecución de un trabajo en las dependencias de una empresa independiente (cliente en el marco de una operación de subcontratación de obras o servicios internacional de contrataciones transnacionales entre ETTs y empresas usuarias ubicadas en el extranjero); b) Circulación transfronteriza entre empresas de un mismo grupo empresarial multinacional; c) Circulación transfronteriza intercentros entre sucursales, establecimientos, dependencias o delegaciones de una misma empresa («local», aunque con actividad internacional)". Pese a que los autores sostienen que la categorización se realiza de acuerdo con el objetivo que subyace a la expatriación, nos parece que esta distinción pone mayor acento en el empresario receptor de los servicios del trabajador expatriado que en tales objetivos.

servicios a una empresa distinta pero perteneciente a un mismo grupo, y; (iii) la expatriación con destino a una tercera empresa o empresa no vinculada.

A nuestro parecer, la importancia de esta distinción radica en el hecho de que la doctrina mayoritaria considera que el poder empresarial de movilidad geográfica sólo puede ejercerse en el ámbito de la empresa. Por lo tanto, la ausencia de regulación expresa en los supuestos de expatriación a una empresa del mismo grupo hace necesario el recurso a otras figuras, a efectos de fundamentar, desde una perspectiva jurídica, la pervivencia fáctica de la relación laboral. Por su parte, la expatriación a empresas no vinculadas tiene sus propias características, toda vez que se realiza en un contexto particular, como es la cesión de personas trabajadoras por parte de una ETT a una empresa usuaria.

2.1. Expatriación en el seno de la empresa.

En términos generales, constituyen una expatriación intraempresarial tanto los supuestos de desplazamiento de la persona trabajadora a sucursales de una misma empresa, como el envío del trabajador a prestar servicios en el extranjero, en el contexto de una subcontrata de obra o servicio con una empresa independiente.

Sin considerar a estos efectos que la movilidad internacional sea la consecuencia de una orden empresarial, un supuesto regulado por el convenio colectivo o un acuerdo entre las partes, la medida de expatriación tendrá la naturaleza jurídica de una novación modificativa que varía el elemento locativo del contrato de trabajo³⁰⁵, manteniendo intacta la relación contractual en el aspecto subjetivo³⁰⁶. La única diferencia entre las fuentes habilitantes de la movilidad reside en que el acuerdo de expatriación no conllevará una novación modificativa unilateral, sino bilateral y – cualquiera sea su denominación– contendrá los derechos y obligaciones que

³⁰⁵ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 6.

³⁰⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 247.

estipulen las partes en relación con la movilidad internacional de la persona trabajadora³⁰⁷.

Por su parte, los supuestos de expatriación en el contexto de una subcontratación también pueden ser considerados una novación modificativa. En efecto, la relación laboral no experimentará modificación el aspecto subjetivo a causa de un contrato de colaboración externa entre empresas, pues los servicios seguirán prestándose para la empleadora original, la cual continúa siendo titular de los derechos y deberes emanados del contrato de trabajo³⁰⁸.

Sin embargo, la doctrina científica ha planteado un caso en que la medida de expatriación –en cuanto orden empresarial fundada en el artículo 40 ET– podría dar lugar a una novación extintiva: al producir cambios significativos en la relación laboral, una movilidad geográfica indefinida fuera del territorio de la Unión Europea y del EEE tendría como consecuencia una sustitución del sistema de intereses preestablecido por las partes, y por ende, la extinción de la relación laboral³⁰⁹. Esta sustitución del sistema de intereses obedecería a razones tales como la necesidad de integrarse en la vida social y cultural en un país de acogida que puede ser radicalmente distinto al país de origen, las limitaciones en el disfrute de derechos debido a la condición de extranjera de la persona trabajadora, así como la intensidad de la intervención de la ley del lugar de trabajo en la relación laboral³¹⁰.

En el mismo sentido, también se ha sugerido que, consistiendo en un cambio vital tan significativo, una oferta de expatriación indefinida bien podría encubrir una propuesta de novación extintiva³¹¹, o dicho de otro modo, que la verdadera intención tras este tipo de propuestas sería forzar la dimisión de la persona trabajadora. Coincidiendo con estos argumentos, nos parece que ellos fortalecen la

³⁰⁷ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 239.

³⁰⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*. 2004, N.º 48, p. 137.

³⁰⁹ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 193.

³¹⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 193-194.

³¹¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 248.

idea de que la expectativa de retorno debe formar parte de la noción de expatriación, pues ciertamente un cambio definitivo de residencia y de estilo de vida afecta en forma más que sustancial las consideraciones que tuvo la persona trabajadora al suscribir el contrato de trabajo.

Como se ha señalado, y a excepción de la situación expuesta previamente, la expatriación en el ámbito intraempresarial admite la calificación de novación modificativa del contrato de trabajo, de modo que, en lo pertinente, el contrato de trabajo original permanecerá vigente. Consecuentemente, la novación locativa podría adoptar la forma jurídica de una orden de expatriación, un pacto de expatriación o incluso un nuevo contrato de trabajo en el caso que la legislación migratoria del país de destino así lo exija³¹². Este último también tendrá la naturaleza jurídica de una novación modificativa a efectos del contrato de trabajo original, pues su suscripción sería meramente instrumental, celebrándose entre partes que aún no han extinguido la relación laboral primigenia.

2.2. Expatriación con destino a empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

En el caso de las expatriaciones con destino a empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas, la doctrina científica mayoritaria ha sostenido que la movilidad geográfica establecida en el artículo 40 ET no resulta aplicable a este tipo de circulación de personas trabajadoras, pues una interpretación literal de los preceptos que regulan el *ius variandi* excluye la posibilidad de realizar modificaciones de las condiciones de trabajo fuera del ámbito de la empresa³¹³. Descartando esta fuente reguladora, en lo que se refiere a los mecanismos que sí posibilitarían la movilidad de personas trabajadoras al interior del grupo, se ha distinguido entre dos hipótesis de relación jurídico-laboral entre trabajador y grupo: la «prestación de servicios simultánea o sincrónica» y la «prestación de servicios

³¹² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 247.

³¹³ ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., pp. 153-154.

sucesiva»³¹⁴. Analizaremos estas alternativas, en torno a su potencial utilidad para promover una movilidad internacional de personas trabajadoras.

2.2.1. La prestación de servicios simultánea.

La prestación de servicios simultánea o sincrónica se caracteriza por la existencia de una prestación de servicios indiferenciada a varias empresas del grupo por parte de la persona trabajadora, así como una situación de pluralidad empresarial y responsabilidad solidaria desde la perspectiva del empleador³¹⁵. Al respecto, se ha sostenido que la instrumentalización de esta modalidad presenta distintas alternativas: a) la suscripción de varios contratos de trabajo a tiempo parcial que, salvo en supuestos de fraude o abuso, podría considerarse una relación laboral múltiple «no superpuesta», y; b) un contrato único celebrado entre persona trabajadora y grupo de empresas, de modo que ésta preste servicios al grupo en su totalidad³¹⁶.

Frente a la primera de estas alternativas, se ha afirmado que la pluralidad de contratos de trabajo sólo sería admisible en los casos que estos se correspondan con una pluralidad de prestaciones de servicios diferenciadas³¹⁷, pues de lo contrario, todos aquellos contratos formalizados regularían la misma relación laboral. En ese sentido, dado que se exige que las distintas prestaciones satisfagan

³¹⁴ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 515. Aunque esta distinción no está ideada originalmente para los supuestos de expatriación entre empresas del grupo, nos parece que resulta igualmente útil para ordenar el tratamiento del tema.

³¹⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., pp. 515-516.

³¹⁶ JIMÉNEZ ROJAS, Francisco: *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2014, pp. 278-280. Si bien el autor incluye el envío en misión como supuesto de «prestación simultánea», coincidimos con DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral...*, ob. cit., p. 518, quien estima que el envío en misión del trabajador con destino a otra empresa del grupo constituye una «prestación sucesiva». Lo anterior, por cuanto la persona trabajadora en misión no estaría prestando sus servicios a dos empresas al mismo tiempo, situación que caracteriza a la prestación simultánea, sino que es enviado a prestar servicios a una sola empresa.

³¹⁷ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 275.

intereses diferentes, se concluye que la posibilidad de admitir la pluralidad de contratos se restringe a supuestos casi de laboratorio³¹⁸.

Asumiendo que pudiera producirse una situación que admita la pluralidad de contratos, nos parece que el pacto de expatriación entre la persona trabajadora y una de las empresas contratantes podría tener como consecuencia la extinción de los restantes contratos de trabajo. En efecto, el cumplimiento de la prestación en el lugar convenido en cada uno de los contratos podría resultar una obligación físicamente imposible para la persona trabajadora; a menos que las otras empresas suscribiesen también el pacto, concentrasen el periodo de trabajo de éste a fin de hacerlo compatible con el desplazamiento al extranjero o admitiesen la prestación de servicios bajo la modalidad del trabajo a distancia. Por esta razón, un pacto de expatriación con una persona trabajadora que presta servicios simultáneamente bajo varios contratos de trabajo válidos debería contemplar una indemnización adecuada a los eventuales perjuicios experimentados, en caso de que la expatriación derive en la pérdida de sus otras fuentes de ingresos.

Por otra parte, en el supuesto en que el grupo de empresas actúa como empleador, la movilidad puede ser considerada una consecuencia necesaria e inevitable de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo o bien estar pactada en él³¹⁹, de modo que no podría hablarse de una novación en un caso así. En nuestra opinión, son las funciones desempeñadas –y no el elemento locativo– las que definen la prestación indiferenciada al grupo de empresas, de modo que el contrato de trabajo en el marco de una prestación simultánea por lo general debería especificar el lugar de trabajo. En consecuencia, si el lugar de trabajo está especificado en el contrato, una eventual expatriación constituiría una novación de la relación laboral. Por el contrario, si la movilidad internacional es un rasgo inherente a la prestación de los

³¹⁸ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., p. 275.

³¹⁹ A modo de ejemplo, la filial española de una multinacional alemana ofrecía a los profesionales que quisieran desarrollar su carrera profesional, la participación en un programa de formación de dos años en la casa matriz de la multinacional en Alemania. Asimismo, uno de los módulos de dicho programa, se realizaría en cualquiera de las delegaciones de la empresa alrededor del mundo. Información disponible en: http://w5.siemens.com/spain/web/es/jobs/pages/the_siemens_graduate_program.aspx Fecha de última consulta: 28 de abril de 2017.

servicios al grupo por parte de la persona trabajadora³²⁰, no es claro que la movilidad internacional consustancial a la prestación pueda ser considerada una expatriación: en estricto rigor las partes habrían acordado la movilidad «en frío» al suscribir el contrato de trabajo³²¹ y, por tanto, dicha movilidad no constituiría novación sino una mera ejecución del contrato.

2.2.2. Prestaciones de servicios sucesivas.

En el caso de las prestaciones de servicios sucesivas, esto es, aquellas en que la persona trabajadora desarrolla su actividad para varias sociedades del mismo grupo a lo largo del tiempo³²², las fórmulas para dar cobertura a la movilidad en el grupo de empresas se estructuran en tres tipos de supuestos: (a) la formalización de distintos y sucesivos contratos de trabajo; (b) la suscripción de un «pacto de cesión de contrato», y; (c) la «puesta a disposición» o «envío en misión» de la persona trabajadora³²³.

2.2.2.1. Formalización de distintos y sucesivos contratos de trabajo.

La suscripción de más de un contrato de trabajo con el objeto de dar cobertura a la movilidad internacional de la persona trabajadora entre empresas de un grupo, plantea varias alternativas para su materialización, alternativas entre las que se distinguen las que mantienen la relación laboral con el empleador original – suspensión, excedencia voluntaria y excedencia especial– y aquellas en que se extingue el vínculo, suscribiéndose un nuevo contrato de trabajo con la empresa del grupo a la que el trabajador o trabajadora expatriada prestará servicios.

En el supuesto de que las partes pacten la suspensión del contrato de trabajo original y celebren un nuevo contrato con la empresa del grupo a la que se prestarán servicios durante la expatriación, coexisten dos relaciones laborales distintas: la

³²⁰ ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad...*, ob. cit., p. 234.

³²¹ Con respecto a la admisibilidad de este tipo de pactos, nos remitimos a los argumentos expuestos para las cláusulas de reserva de modificación, tratados en el subepígrafe 3.1 de este capítulo.

³²² DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., p. 518.

³²³ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., p. 518.

que se encuentra suspendida y la que vincula a la persona trabajadora con la empresa de destino, que surte plenos efectos³²⁴. A este respecto, es posible sostener que la suspensión del contrato de trabajo con la finalidad de expatriar a la persona trabajadora, generalmente se llevará a cabo en virtud de las causales a) y b) del artículo 45.1 ET³²⁵, esto es, el mutuo acuerdo de las partes o la verificación de una causa consignada válidamente en el contrato. Lo anterior, por cuanto las restantes causales de suspensión regulan supuestos que no permitirían encuadrar un episodio de expatriación –incapacidad temporal o riesgo durante el embarazo, entre otras– o bien su aplicación para articular una expatriación resultaría excepcional e infrecuente, como es el caso de la suspensión por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género, por ejemplo.

Aunque no profundizaremos en ella, otra causal de suspensión que podría aplicarse en el contexto de una expatriación resulta de la promoción de la persona trabajadora a un alto cargo laboral en cuya virtud se constituye una relación laboral especial. A este respecto, el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, prescribe que, en caso de no existir una especificación expresa, la relación laboral común quedará suspendida, teniendo el o la trabajadora la posibilidad de

³²⁴ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., p. 529.

³²⁵ Artículo 45.1 ET: "1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Mutuo acuerdo de las partes.
- b) Las consignadas válidamente en el contrato.
- c) Incapacidad temporal de los trabajadores.
- d) Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.
- e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.
- f) Ejercicio de cargo público representativo.
- g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.
- h) Suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias.
- i) Fuerza mayor temporal.
- j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- k) Excedencia forzosa.
- l) Ejercicio del derecho de huelga.
- m) Cierre legal de la empresa.
- n) Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual".

reanudarla al extinguirse la relación laboral especial, salvo en el caso que esta última se haya extinguido por despido disciplinario³²⁶.

Cabe señalar que un sector de la doctrina científica ha admitido la posibilidad de introducir la fórmula suspensiva en el contrato original e incluso su inclusión como causa suspensiva en el convenio colectivo, bajo la condición de respetar las leyes y sin provocar perjuicio específico adicional a las personas trabajadoras afectadas³²⁷. Sin embargo, esta última posibilidad podría ser objetada desde la teoría de la «resistencia del contrato individual frente al convenio colectivo», conforme a la cual la autonomía colectiva no podría establecer cláusulas objetivamente desfavorables para el trabajador o trabajadora³²⁸. Lo anterior, toda vez que imponer la suspensión del contrato ante una eventual expatriación en el convenio colectivo implica privar totalmente a la persona trabajadora de participar en una decisión que afectará sustancialmente no sólo a la relación laboral, sino también a aspectos de su vida personal, como es su lugar de residencia. Debemos añadir que, en cuanto la persona trabajadora es una contratante que puede ser considerada «parte débil», un pacto de suspensión con la finalidad de expatriar que esté consignado en el contrato de trabajo original –similar en su finalidad al pacto de movilidad geográfica «en frío»–, podría fácilmente dar lugar a situaciones de abuso de derecho.

En lo que se refiere a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, se ha sostenido que su régimen jurídico se construye sobre la base de tres reglas: (i) una

³²⁶ Artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: “Uno. Deberá formalizarse el contrato escrito regulado en el artículo 4.º de este Real Decreto en los supuestos en que un trabajador vinculado a una Empresa por una relación laboral común promocionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar

Dos. En tales supuestos en el contrato se especificará si la nueva relación especial sustituye a la común anterior, o si esta última se suspende. Caso de no existir en el contrato especificación expresa al respecto se entenderá que la relación laboral común queda suspendida. Si se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio.

Tres. En caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente”.

³²⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., pp. 64-65.

³²⁸ Vid. Capítulo II, subepígrafe 1.2, referido a la autonomía colectiva.

regla expresa, constituida por la interrupción de la prestación laboral y la interrupción de la obligación de remunerar; (ii) una regla tácita, consistente en la conservación de los derechos y obligaciones que sean compatibles con la interrupción de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, y; (iii) una regla complementaria, referida al surgimiento de derechos y obligaciones a consecuencia de la suspensión³²⁹. Respecto a esta última regla, la doctrina mayoritaria ha entendido que el derecho de reingreso o de conservación del puesto de trabajo es un derecho que nace a consecuencia de la suspensión³³⁰.

Establecido en el artículo 48.1 ET³³¹, el derecho de reingreso (o derecho a conservar el puesto de trabajo) es un efecto común para todos los supuestos de suspensión³³². Sin embargo, se ha señalado que la persona trabajadora afectada por una suspensión no se reincorporará necesariamente al puesto de trabajo en las condiciones que ésta tenía previo a la suspensión, pues tales condiciones podrían ser modificadas por los poderes organizativo-empresariales, a los que continúa sometido el vínculo jurídico-contractual suspendido³³³. De lo anterior se desprende que la persona trabajadora expatriada cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido, tendrá derecho a reingresar al puesto de trabajo en las condiciones que existan al momento de cesar dicha suspensión. Por este motivo, resulta importante que en el acuerdo de expatriación las partes establezcan ciertas previsiones referidas al reingreso, como, por ejemplo, establecer el centro de

³²⁹ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*. Madrid: La Ley, 2002, p. 416.

³³⁰ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La suspensión...*, ob. cit., pp. 473-474.

³³¹ Artículo 48.1 ET: "Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el artículo 45.1 excepto en los señalados en las letras a) y b), en que se estará a lo pactado".

³³² RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, p. 118. La autora hace presente que la primacía de lo pactado en los supuestos de suspensión que dependan de la voluntad de las partes no significa que éstas puedan acordar válidamente la renuncia al derecho de reingreso, pues de no existir tal reserva, nos encontraríamos frente a un supuesto de extinción y no de suspensión. Por el contrario, ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel: "Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato". *Revista española de derecho del trabajo*. 2000, N.º 100, p. 952, estima que la expresión utilizada en el artículo 48.1 ET («se estará a lo pactado») implicaría que en las causas de suspensión de carácter convencional el derecho a la reserva del puesto de trabajo es disponible por las partes.

³³³ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La suspensión...*, ob. cit., pp. 474-475.

trabajo en el que se prestarán los servicios o detallar las funciones que se realizarán una vez que cese la suspensión.

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de que, al pactarse la expatriación, la persona trabajadora ejerza el derecho a la excedencia voluntaria a efectos de mantener el vínculo con el empleador original³³⁴. Sin embargo, se advierte que esta opción podría utilizarse para encubrir verdaderas situaciones de cesión de personas trabajadoras, en atención a que los efectos de esta figura son muy cercanos a una puesta a disposición³³⁵. Y en efecto, la utilización de la excedencia voluntaria como mecanismo de circulación en el grupo podría contribuir a la elusión de garantías tales como la Directiva 96/71/CE en el ámbito comunitario –pues, bajo ciertas circunstancias, un nuevo contrato de trabajo en el lugar de destino podría implicar la sujeción de la persona trabajadora expatriada a la legislación laboral del Estado de acogida–, situación que tendría consecuencias adversas para ésta en los casos de expatriación a países con estándares laborales más bajos.

En relación con la excedencia voluntaria, la mera expectativa de reingreso implica que la persona trabajadora deba activamente efectuar la petición de reingreso y desplegar determinadas conductas para hacer efectivo su derecho, lo que no parece de justicia si se tiene en consideración que la expatriación siempre se produce en cumplimiento de un interés empresarial. En cuanto el reingreso en la excedencia voluntaria se encuentra sujeto a la condición suspensiva de existencia de vacante en un puesto de trabajo semejante o de igual categoría al que ocupaba la persona trabajadora³³⁶, en los casos que dicha vacante no exista al momento del retorno, ésta podría verse enfrentada a la situación de no contar con ocupación efectiva ni salario durante un periodo de tiempo indeterminado. De esta particularidad se desprende que el recurso a una excedencia voluntaria, con la finalidad de dejar latente el contrato de trabajo original durante la expatriación es

³³⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 232.

³³⁵ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., p. 304.

³³⁶ RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato...*, ob. cit., pp.234-235.

una alternativa menos ventajosa que la suspensión del contrato³³⁷; aunque ha de reconocerse que esta objeción podría encontrar solución mediante la introducción de la figura de la «excedencia especial», conforme a la cual se garantiza el derecho a la conservación del puesto de trabajo.

En lo que se refiere a la «excedencia especial» como mecanismo de circulación entre el grupo de empresas, cabe señalar que tal carácter especial está referido a la instauración de una garantía de reserva del puesto de trabajo, que es inherente a las excedencias forzosas³³⁸. Alternativa establecida por los convenios colectivos, su regulación se estructura normalmente en dos bloques: las condiciones en que se produce la incorporación de la persona trabajadora a la nueva empresa y las condiciones y causas del retorno a la empresa de origen³³⁹. En cuanto este supuesto requeriría el consentimiento del trabajador o trabajadora, podría ser una solución más protectora para sus intereses, si bien hemos de admitir que la constitución de una excedencia especial para efectos de movilidad intragrupo no es una solución extendida en el ámbito de la negociación colectiva y no nos consta su utilización para la movilidad internacional³⁴⁰.

³³⁷ Al respecto, la STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2000, N.º 7191/2000 (Rec. 3080/2000), se refiere a dos extremos: por una parte, determina que si bien las partes han catalogado la suspensión del contrato de trabajo como un pacto de excedencia, el contenido del mismo hace concluir que realmente se trata de una suspensión por mutuo acuerdo; por otra, dispone que el tiempo que el contrato de trabajo permaneció suspendido debe computarse para efectos de determinar la antigüedad, pues hubo una prestación efectiva de servicios a una empresa vinculada al empleador original por lazos accionariales: “Del contenido de dicho pacto, se llega a la conclusión que dicha causa de suspensión del contrato de trabajo encuentra su acomodo en el artículo 45.1, letra a) del Estatuto de los Trabajadores, que enumera entre dichas causas de suspensión, la del «mutuo acuerdo de las partes. No estamos, por tanto, ante una excedencia [...] Es cierto que de conformidad con la doctrina de unificación, plasmada en Sentencia de 26 de junio de 1998, se declara que para la fijación de la indemnización en los supuestos de excedencia se debe tomar en consideración la antigüedad correspondiente al período transcurrido entre la fecha de ingreso en la empresa y aquella en que se le concedió la excedencia voluntaria [...] Pero, en la situación enjuiciada, tal doctrina no resulta aplicable, pues lo dispuesto en el artículo 56 se refiere al tiempo de desempeño de la condición de trabajador, lo que deviene decisivo para el cálculo de la indemnización, en la medida en que se refiere al tiempo en que el trabajador estuvo bajo la dirección del empresario pese a la suspensión del contrato, pues, durante dicha situación, únicamente cesan las obligaciones recíprocas de las partes de prestar servicios y abonar salarios, manteniéndose la vigencia del contrato. Ha de tenerse en cuenta, además, que las empresas para las que el demandante ha prestado servicios —en España y en Colombia— se encuentran vinculadas por lazos accionariales y, en este caso, el reconocimiento de la antigüedad debe efectuarse a todos los efectos, entre ellos el de considerar la prestación efectiva de servicios y, por tanto, computable a efectos de fijar la indemnización por despido”.

³³⁸ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., p. 297.

³³⁹ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., pp. 299-300.

³⁴⁰ A modo de ejemplo, el artículo 146, letra b) del II Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, S.A.U. Convenio colectivo de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de

Una última alternativa para concertar la movilidad internacional de la persona trabajadora está relacionada con la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo original, si bien esta fórmula requeriría el doble consentimiento de las partes, es decir, tanto en la formalización de la extinción del primer contrato como en la concertación del nuevo³⁴¹. Esta alternativa ha sido objetada, en cuanto la extinción válida de un contrato sustituido por otro requeriría la incompatibilidad absoluta entre la relación obligacional inicial y el posterior pacto novatorio, dado que el *animus novandi* expreso no sería suficiente para producir modificaciones extintivas en la relación laboral³⁴². En consecuencia, se sostiene que al no ser necesario el efecto extintivo para alterar condiciones principales de la relación de trabajo que no supongan una incompatibilidad absoluta con la obligación inicial, la voluntad expresa e incluso libremente aceptada, escondería realmente una renuncia de derechos tales como la estabilidad en el empleo, la antigüedad y la prescripción, entre otros³⁴³.

España, S.A.U. (BOE 13-11-2019), establece: “En aquellas situaciones en las que el trabajador, tras su participación voluntaria en un proceso de selección decide su incorporación a una de las Empresas del Grupo distinta de las Empresas Vinculadas en el presente Convenio, podrá solicitar la baja voluntaria en la Empresa de origen para su incorporación a la Empresa que le ha formulado la oferta, o bien solicitar excedencia especial de carácter temporal, en cuyo caso se aplicarán las siguientes condiciones:

- La excedencia tendrá una duración máxima de tres años.
- El tiempo de permanencia se computará a todos los efectos como antigüedad si retornara a la Empresa que le concedió la excedencia.
- Tendrán derecho a reingresar, previa solicitud que deberá formalizarse con dos meses de antelación a la fecha de finalización de la excedencia en su Grupo y puesto profesional, en la residencia de origen o la más próxima si en aquella no existiera en esa fecha plantilla de su puesto profesional.
- La excedencia se extinguirá por las siguientes causas:
 - Finalización del periodo de vigencia de la excedencia sin haber solicitado el reingreso en los plazos previstos.
 - Baja en la empresa de destino, de forma voluntaria o para incorporarse a otra que no fuera del Grupo Telefónica, sin autorización de la empresa de origen.
 - Por despido disciplinario en la empresa de destino.
 - Causas previstas legalmente, cuando proceda.
- La empresa se reserva el derecho de dar por extinguida esta excedencia cuando por razones organizativas, técnicas o producción la empresa precise los servicios del empleado dentro de su ámbito organizativo”.

³⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., pp. 63.

³⁴² BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., pp. 278-279.

³⁴³ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo...*, ob. cit., p. 279. El autor admite que un supuesto en que la novación extintiva tendría validez es la promoción profesional de un trabajador común hacia el ejercicio de actividades de alta dirección, supuesto en que se pacta «una radical transformación de la regulación de los derechos y deberes de las partes». Pero advierte que en este caso se viene a configurar una modalidad extintiva peculiar, pues el contrato de trabajo originario será sustituido por el contrato especial de alta dirección una vez transcurridos dos años desde la celebración del contrato especial. En palabras del autor, se pretende evitar la “fraudulenta conversión de los trabajadores en altos cargos por parte del empresario, para [...] deshacerse de los mismos sin causa y sin necesidad de satisfacer una indemnización”.

Por otra parte, se ha argumentado que la validez de la extinción del contrato de trabajo original remite al asunto de la determinación de la persona del empresario: si la prestación de servicios se realiza efectivamente para el empleador que consta formalmente en el nuevo contrato de trabajo, la extinción de una relación laboral y el comienzo de otra distinta son válidas; a *contrario sensu*, si tanto la antigua empleadora como aquella con la que se ha formalizado el nuevo contrato actúan como empleadores, la extinción del contrato de trabajo original por mutuo acuerdo de las partes no debería producir efectos³⁴⁴.

Como puede advertirse, la formalización de un nuevo contrato con la empresa de destino en el contexto de la expatriación entre empresas del mismo grupo plantea importantes dificultades. En estricto rigor, una movilidad internacional que incorpora una contratación *ex novo* en el Estado de destino se encontraría en el límite entre la expatriación –caracterizada por la existencia de una relación laboral preexistente– y la expatriación impropia, pues la suscripción de un nuevo contrato de trabajo no plantearía un conflicto de leyes, toda vez que la legislación laboral aplicable se correspondería con la del Estado de destino, sin que fuese relevante a efectos del nuevo contrato que el contrato de trabajo original hubiese sido suspendido o se plantease su extinción³⁴⁵⁻³⁴⁶.

Dado que una conclusión como la señalada resultaría especialmente injusta en los casos que la legislación del Estado de destino es menos favorable que la del Estado de origen, en cuanto implicaría una regresión de condiciones laborales, al menos en el ámbito comunitario hay quienes estiman que una interpretación teleológica de la Directiva 96/71/CE haría aplicable esta norma comunitaria en los casos de suspensión o excedencia, en cuanto no existiría una ruptura absoluta del vínculo

³⁴⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: *Expatriación de trabajadores...*, ob. cit.

³⁴⁵ DEL REY GUANTER, Salvador y LÁZARO SÁNCHEZ, José: "Ámbito aplicativo de la Ley", en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, p 54.

³⁴⁶ A modo de ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea este supuesto se correspondería con la situación del trabajador móvil migrante, a cuya prestación de servicios se aplica la legislación del Estado miembro de acogida, toda vez que la libertad de circulación de trabajadores garantiza la igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida. En el ámbito extracomunitario el hecho de que el trabajador sea extranjero tendrá repercusión en el derecho migratorio, pero en estricto rigor no existiría conflicto de leyes pues la relación laboral se desarrollaría completamente en el extranjero.

jurídico y este podría reanudarse³⁴⁷. En un sentido similar, se señala que en los casos en que el contrato original se mantiene en suspenso, debería propenderse a la reconstrucción unitaria de la relación laboral, conforme al principio de la conservación del contrato o estabilidad de la relación laboral³⁴⁸⁻³⁴⁹.

En suma, a diferencia de la expatriación intraempresarial, que implica una novación de la relación laboral, la expatriación con destino a empresas del grupo presenta no pocas dificultades, derivadas tanto de la ausencia de reconocimiento del grupo de empresas en la legislación laboral española, como de las distintas modalidades de prestación de servicios al grupo reconocidas por la doctrina científica. Teniendo en cuenta que la articulación de la expatriación entre empresas del grupo no tiene una solución pacífica y que la posibilidad de suscribir un nuevo contrato con la empresa de destino plantearía dificultades, tanto en el desarrollo de la expatriación como de cara al retorno, es necesario analizar otras propuestas, para determinar cuál de ellas podría dar una mejor solución a este supuesto.

2.2.2.2. El pacto de cesión de contrato.

Una parte la doctrina científica ha sugerido que la suscripción de un acuerdo novatorio de carácter subjetivo o «pacto de cesión de contrato» podría ser la fórmula que refleje de mejor manera la realidad que subyace en los casos de circulación de personas trabajadoras en el grupo de empresas, al constituir una

³⁴⁷ BIRK, R.: "Entsende-Richtlinie und Konzern", en Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Socialrecht", 1995, pp. 487-488. Citado por GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 58.

³⁴⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *La movilidad transnacional...*, ob. cit., p. 137.

³⁴⁹ Resulta interesante el razonamiento utilizado por la SJS N.º 4 de Palma de Mallorca de 13 de abril de 2018, N.º 224/2018 (Rec. 1164/2015), que se pronuncia respecto al despido de un trabajador de un grupo de empresas expatriado a distintos países y que en el último de sus destinos debió firmar un nuevo contrato de trabajo a efectos de solicitar el visado. El Juzgado Social entiende que existe un conflicto de leyes y deviene aplicable el ordenamiento español señalando que "la contratación por Intergruises, por tanto, respondió a una mera conveniencia del grupo, no a la realidad de la relación laboral, mantenida por el actor con el propio grupo, verdadero empresario [...] efectivamente el actor fue contratado por el Grupo para quien vino prestando servicios durante toda la relación laboral -reconocimiento de antigüedad en el último contrato-, siendo que este último contrato fue remitido desde la sede de Palma, como porque la designación de la empresa que había de figurar como contratante se efectuó por motivos de conveniencia fiscal o administrativa, y como porque a lo largo de su relación laboral con el grupo prestó servicios en distintos países, podemos acudir al criterio del país con el que el la relación laboral ha mantenido los vínculos más estrechos, para estimar aplicable la Ley española, conforme el artículo 1.4 del ET. Ya se ha razonado previamente acerca del verdadero empleador en la única relación laboral mantenida por el actor, con el grupo, desde 1998".

novación subjetiva del contrato de trabajo que sólo podría llevarse a cabo con la aquiescencia de la persona trabajadora³⁵⁰. De acuerdo con esta solución, la empresa de destino se subrogaría en la posición contractual de la primera empresa, asumiendo el conjunto de obligaciones laborales que a ésta le correspondía frente al trabajador o trabajadora, quien a la vez mantendría todos los derechos que detentaba en la empresa inicial³⁵¹.

Si bien este mecanismo permite mantener la unidad de la relación laboral, la permanencia del contrato y garantiza el consentimiento de la persona trabajadora ante la movilidad internacional, hay quien argumenta que, atendido el objetivo pretendido –la movilidad del trabajador en el grupo–, la aplicación práctica de esta figura civil presenta ciertas dificultades, pues otras modificaciones al contrato de trabajo original que las partes pretendiesen efectuar superarían los límites del pacto de cesión de contrato³⁵². Asimismo, al desaparecer el vínculo entre la persona trabajadora y la empresa de procedencia, esta solución se plantea más bien para las transferencias definitivas de personas trabajadoras³⁵³, rasgo que no se condice con el carácter eminentemente temporal que, en nuestra opinión, deben tener las expatriaciones. A lo anterior cabe agregar que la posibilidad de aplicar analógicamente a la cesión de contrato las reglas para la sucesión de empresas establecidas en el artículo 44 ET es una cuestión controvertida: mientras algunos sostienen que las similitudes entre la cesión de contrato y la sucesión de empresas permiten la aplicación analógica de la norma³⁵⁴, otros estiman que su utilización no estaría justificada, por cuanto, en el supuesto al que pretende aplicarse, la empresa que se subroga no adquiriría la estructura productiva del empresario anterior³⁵⁵.

³⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., pp. 65-66.

³⁵¹ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., p. 531.

³⁵² ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades...*, ob. cit., pp. 177-178.

³⁵³ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., p. 66.

³⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen...”, ob. cit., p. 66.

³⁵⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., p. 532.

A nuestro parecer, el hecho que la circulación del trabajador en el grupo tenga un destino extranjero, hace que la alternativa de la cesión del contrato de trabajo presente aún más dificultades, pues tanto esta figura civil como el nuevo contrato de trabajo podrían resultar sometidas a otras legislaciones, aplicables conforme al Reglamento (CE) N.º 593/2008 o «Reglamento Roma I»³⁵⁶. Asimismo, la desaparición del vínculo de procedencia dificultaría el retorno de la persona trabajadora expatriada a la empresa de origen, obstáculo no menor, sin perjuicio que excepcionalmente la doctrina ha detectado una modalidad atípica en ciertos convenios colectivos: cesiones del contrato de trabajo con pacto de retorno³⁵⁷.

En nuestra opinión, esta alternativa presenta inconvenientes similares a la opción de suspender el contrato o establecer una excedencia. En el ámbito comunitario, podría objetarse la aplicación de la Directiva 96/71/CE, que garantizaría la conservación de ciertas condiciones laborales en caso de que el Estado de destino tuviese estándares laborales más bajos, atendido que un pacto de cesión de contrato no encaja en las causales de aplicación de dicha norma. En efecto, y salvo la suscripción de un pacto de retorno, la idea subyacente de una movilidad definitiva podría determinar la inexistencia de un conflicto de leyes, dado que la relación laboral se desarrollaría íntegramente en el país de destino.

2.2.2.3. La «puesta a disposición» o «envío en misión» de la persona trabajadora.

Otro sector de la doctrina científica ha planteado que, a efectos de materializar la movilidad al interior del grupo de empresas, una alternativa a la suspensión/extinción del contrato de trabajo o al pacto de cesión de contrato es la «puesta a disposición» o «envío en misión» del trabajador o trabajadora³⁵⁸. En virtud de esta figura, la persona trabajadora pasa a prestar servicios para otra

³⁵⁶ Nos remitimos a lo que se expondrá en el Capítulo III, epígrafe 3, referido a la determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo de acuerdo con las disposiciones del Reglamento (CE) 593/2008.

³⁵⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *La movilidad transnacional...*, ob. cit., p. 206.

³⁵⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo". *Revista española de derecho del trabajo*. 2008, N.º 138, pp. 323-324.

empresa del grupo, pero mantiene el vínculo contractual con la empresa que le contrató inicialmente, la cual le destaca a otra que no es la titular del contrato de trabajo³⁵⁹. En cuanto es una solución admitida por la jurisprudencia, la cual ha estimado que la movilidad de las personas trabajadoras dentro del grupo de empresas no es un supuesto de cesión ilegal³⁶⁰, se sostiene que esta alternativa para la formalización de la expatriación presentaría la ventaja de encontrarse protegida por las garantías establecidas por el artículo 43 ET, especialmente la garantía de responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo que se han beneficiado de la prestación de servicios³⁶¹⁻³⁶². Dicho de otro modo, se produce la paradoja de que la jurisprudencia entiende que, si bien la movilidad entre empresas del grupo no constituye cesión ilegal por no ser fraudulenta, ésta tiene las mismas consecuencias que a la cesión ilegal.

Sin embargo, se cuestiona que esta interpretación convierta en disponible la norma imperativa que prohíbe la puesta a disposición de personas trabajadoras por parte

³⁵⁹ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación...*, ob. cit., pp.518-519.

³⁶⁰ La STS de 26 de noviembre de 1990 (Rec.117/1990) estima que “salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el art. 43 ET [...] Es cierto que, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador”. Este razonamiento se reitera, entre otras, en STS de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 558/2001) y STS de 4 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001).

³⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Movilidad trasnacional de empleados...”, ob. cit., pp. 323-324.

³⁶² Artículo 43 ET: “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

de empresas que no sean ETT³⁶³. Por otra parte, el hecho de que el consentimiento de la persona trabajadora no se considere necesario en todos los supuestos, así como la posibilidad de que ésta pueda prestarlo por anticipado en el contrato de trabajo³⁶⁴, hace que esta alternativa presente el inconveniente de la controvertida manifestación de la voluntad «en frío». Consideraciones que nos llevan a entender que esta solución resulta más problemática y menos protectora de los derechos de la persona trabajadora que la formalización de distintos y sucesivos contratos.

2.2.2.4. Valoración crítica de las fórmulas jurídicas utilizadas para implementar la expatriación.

A modo de conclusión, la exposición sobre las alternativas para formalizar un episodio de expatriación permite poner en duda la posición doctrinal relativa a que las partes podrían elegir con relativa libertad la fórmula que dará cobertura a la misma, y que dicha fórmula estaría sujeta únicamente a condicionantes tales como el principio de conservación del contrato, los límites al *ius variandi* del empresario y la cesión ilícita de mano de obra³⁶⁵.

Como es posible advertir, la forma de organización empresarial determinará las opciones disponibles, excluyendo la posibilidad de invocar el artículo 40 ET en el supuesto de expatriación a una empresa del grupo. En efecto, desde la perspectiva de su implementación, el envío de la persona trabajadora a una empresa del grupo es el supuesto más problemático, en atención a que confluyen dos lagunas del ordenamiento laboral español. Tratándose de un fenómeno que viene requiriendo la atención del legislador con larga data y sin respuesta eficaz, entre las opciones propuestas por la doctrina las alternativas que mejor protegen los intereses de la persona trabajadora, por exigir su consentimiento para llevar a cabo la movilidad y con miras a su regreso, son la suspensión del contrato de trabajo original o el pacto

³⁶³ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *La movilidad transnacional...*, ob. cit., p. 202.

³⁶⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Movilidad transnacional de empleados...”, ob. cit., pp. p. 324.

³⁶⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 225.

de una excedencia especial, suscribiéndose un nuevo contrato en España y debiendo establecerse por las partes un plazo y las condiciones de retorno.

Por otra parte, pese a que, en determinados supuestos, la extinción del contrato de trabajo original podría considerarse válida, esta circunstancia podría convertir al episodio de movilidad internacional en una expatriación impropia, con el consiguiente perjuicio a la persona trabajadora en los casos que la legislación laboral del Estado de destino sea menos protectora que la española. Enfrentados a esta posibilidad, hay quien sostiene que una especie de garantía de conservación de las condiciones laborales disfrutadas en el Estado de origen en el caso de la extinción del contrato original operaría sólo en caso de movilidad consensuada o forzosa, bajo la condición de que la persona trabajadora no hubiese percibido indemnización y finiquito³⁶⁶.

Aunque concordamos con esta posición respecto al supuesto en que la persona trabajadora voluntariamente solicita la movilidad –en cuanto tendrá motivos de mayor peso que las consecuencias negativas de su decisión, y bajo la condición de haberle informado debidamente de dichas consecuencias–, no puede admitirse la validez de la regresión de condiciones laborales que venía disfrutando por el sólo hecho de mediar una indemnización. Lo anterior, en atención a que, en un supuesto de movilidad internacional, la indemnización y finiquito pagada nunca estaría libre de la sospecha de tratarse de un aprovechamiento de la parte contractual más fuerte y una imposición al trabajador o trabajadora, bajo la apariencia de un acuerdo.

Frente a la desidia legislativa, una mayor certeza jurídica vendrá dada por la valoración de estas opciones por la doctrina judicial y jurisprudencia, de manera que será la resolución de los casos concretos sometidos a su conocimiento la que determine si estábamos en lo cierto.

³⁶⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", pp. 233-234.

2.3. Expatriación con destino a una tercera empresa.

Un tercer supuesto de expatriación es aquel en que las personas trabajadoras expatriadas son enviadas a prestar servicios a una tercera empresa, que es el caso de la expatriación de personas trabajadoras de una ETT. En efecto, la receptora de los servicios prestados por la persona trabajadora es una empresa usuaria, cuyo único nexo con la ETT es el contrato de puesta a disposición suscrito por ambas.

Si bien en este caso no existe duda de que la figura a utilizar será el «envío en misión» a través de un contrato de puesta a disposición, resulta oportuno referirse a los supuestos que admitirían la expatriación de personas trabajadoras de una ETT. A este respecto, hacemos eco de la distinción realizada entre «personas trabajadoras de estructura» –aquellos que prestan servicios para la ETT– y las «personas trabajadoras en misión», que son contratadas para ser puestas a disposición de las empresas usuarias. A nuestro parecer, la situación de las personas trabajadoras de estructura no plantea nuevos problemas, pues su eventual expatriación intraempresarial o en el seno de un grupo de empresas permite remitirse a lo ya señalado en los epígrafes anteriores.

Por su parte, las personas trabajadoras en misión pueden estar vinculados a la ETT bajo la fórmula de un contrato temporal de duración determinada o bien, contratados de forma indefinida. En el primer supuesto, dado que la persona trabajadora ha sido contratada para una misión en específico, el lugar de trabajo estará determinado por el lugar en que la empresa usuaria requiera sus servicios. En cambio, el lugar de trabajo de las personas trabajadoras en misión con contrato indefinido dependerá del tipo de funciones que desempeñen –esto es, si o no son funciones de carácter móvil– y variará con los sucesivos contratos de puesta a disposición³⁶⁷.

Cabe señalar que, en el caso de las personas trabajadoras con contrato de duración determinada, el señalamiento del lugar de trabajo constituirá la primera determinación del lugar de la prestación³⁶⁸ y, por ende, su envío en misión al

³⁶⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio ...*, ob. cit., pp. 293-295.

³⁶⁸ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio...*, ob. cit., p. 304.

extranjero no implicaría una novación del elemento locativo. Así las cosas, la única «compensación» que obtendría este tipo de personas trabajadoras por su desplazamiento al extranjero sería la garantía de aplicación de la legislación laboral más favorable en relación con determinadas condiciones de trabajo, conforme a la Disposición adicional primera de la Ley 45/1999, norma de transposición de la Directiva 96/71/CE.

En la situación de las personas trabajadoras en misión de una ETT con contrato indefinido, se ha planteado que los cambios de destino vinculados a una nueva misión serían una consecuencia del objeto del contrato celebrado con la ETT, esto es, el envío en misión a diferentes empresas usuarias y por ende³⁶⁹. Lo anterior, por cuanto en estos supuestos las personas trabajadoras tendrían una amplia disponibilidad temporal, geográfica, funcional y de empresa de destino³⁷⁰. Sin embargo, se reconoce que en aquellos casos en los cuales el envío en misión haga necesario un cambio de residencia, como es el caso de una expatriación sí constituirán movilidad geográfica³⁷¹, de modo que una eventual orden empresarial de la ETT debería respetar las disposiciones del artículo 40 ET.

Con relación a las personas trabajadoras en misión, es necesario preguntarse quién podría ordenar válidamente la expatriación durante la misión y cómo se articularía dicha expatriación. En otras palabras, ¿tendría la empresa usuaria la facultad de ordenar la movilidad geográfica de la persona trabajadora en misión? Y, por otra parte, la movilidad geográfica de la persona trabajadora durante la misión ¿constituye una novación o una nueva misión?

El contenido extraordinario del poder de dirección está referido a la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo, que se concreta en las disposiciones relativas a la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de

³⁶⁹ SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio...*, ob. cit., pp. 304-305.

³⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús: "El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel (coordinador): *La reforma laboral de 1994*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1994, p. 98.

³⁷¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús: "El marco jurídico de las empresas...", ob. cit., p. 98.

condiciones laborales³⁷². Las disposiciones legales relativas a la atribución del poder de dirección a la empresa usuaria no son precisas en cuanto a la extensión de éste y, por su parte, el Convenio Colectivo de Empresas de trabajo temporal tampoco es claro, si bien establece que las facultades de dirección y control serán ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios, añadiendo que la movilidad geográfica puede tener su origen tanto en la necesidad de la ETT como de la empresa usuaria³⁷³.

Entender que las empresas usuarias tienen atribuido el contenido extraordinario del poder de dirección tendría como consecuencia lógica que éstas sí podrían adoptar una medida de movilidad geográfica, dentro de las fronteras del Estado o internacional. Aunque el VI Convenio colectivo parece abrir la puerta a esta posibilidad, coincidimos con quien sostiene que la utilización por la empresa usuaria de las facultades directivas que le han sido cedidas solo puede efectuarse para ordenar la prestación de servicios en el marco de la necesidad temporal que es causa del contrato de puesta a disposición³⁷⁴, de manera que dicha causa constituiría un límite para la adopción válida de la medida de movilidad geográfica.

Por último, en el supuesto de que la causa del contrato de puesta a disposición permitiese la movilidad geográfica o expatriación y no se celebrase un nuevo contrato de puesta a disposición, entendemos que no parece posible hablar de un nuevo envío en misión sino de una novación del contrato de trabajo. En efecto, prescindiendo del elemento locativo, tanto los elementos del contrato de puesta a

³⁷² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "Poder de dirección, control y sancionador", en MOLERO MARAÑÓN, María y VALDÉS DAL-RE, Fernando (directores): *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: La Ley, 2009 [edición electrónica].

³⁷³ El artículo 12.2 del VI Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE 28-12-2018) prescribe que "en relación con el personal que desarrollan tareas al servicio de una empresa usuaria, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por ésta durante el tiempo de prestación de dicho servicio, sin perjuicio del ejercicio de las facultades disciplinarias legalmente previstas que corresponden siempre a la empresa de trabajo temporal". Por su parte, el artículo 23.2 del Convenio establece: "Con efectos a partir de la firma del presente Convenio el personal de puesta a disposición que por necesidad de la empresa, bien sea la empresa usuaria o la empresa de trabajo temporal, tenga que efectuar viajes o desplazamientos a centros o lugares de trabajo fuera de los límites territoriales anteriormente referidos del apartado anterior, percibirán las dietas u otros conceptos extrasalariales al efecto establecidos en el Convenio colectivo de la empresa usuaria".

³⁷⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "Poder de dirección...", ob. cit.

disposición como la orden de servicio –en virtud de la cual el trabajador es enviado en misión– se mantendrían inalterados.

3. Una obligación común a todas las modalidades de expatriación: el deber de proporcionar información adicional por escrito.

Con independencia de su fuente reguladora o la forma jurídica que se utilice para dar cobertura a la expatriación, la entrega de información adicional por escrito a la persona trabajadora sujeto de movilidad geográfica internacional constituye una exigencia previa a la materialización de la movilidad. O, dicho de otro modo, se trata de un deber de aplicación transversal a cualquier supuesto de expatriación.

Esta obligación tiene su fundamento en lo dispuesto por la Directiva 91/553/CEE de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, así como en la norma comunitaria que la ha modificado, la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (a efectos de este título, «Directiva de 2019»). Respecto a esta última Directiva, debe hacerse presente que el plazo para su transposición finalizó el 1 de agosto de 2022, fecha en que quedó derogada la Directiva de 1991.

En la actualidad, pese a haber transcurrido el plazo establecido por la norma, España no ha transpuesto la Directiva de 2019, si bien en 2022 se anunciaba un anteproyecto de ley para su transposición³⁷⁵. En atención a que las normas de nuestro derecho interno que transponían la antigua Directiva experimentarán modificaciones – a saber, el artículo 8.5 ET y el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 ET– hemos optado por efectuar un análisis de los aspectos más importantes de la Directiva de 2019 en materia de

³⁷⁵ De acuerdo con lo señalado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el día 28 de junio de 2022 finalizó el plazo para presentar aportaciones en la consulta Pública previa a la elaboración de un anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152. Información disponible en <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado?tramite=2&estado=2> Fecha de última consulta: 18 de septiembre de 2022.

información adicional a las personas trabajadoras expatriadas, cuyas previsiones deberán ser reflejadas en la eventual norma de transposición.

3.1. El deber de entregar información adicional a las personas trabajadoras expatriadas y su contenido.

En lo que se refiere a los «trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país», como los identifica la Directiva de 2019³⁷⁶, la norma establece que el empleador ha de entregar cierta información adicional a la que se establece como necesaria para la generalidad de las relaciones laborales, debiendo velar los Estados miembros por el cumplimiento de dicha obligación. En concreto, el artículo 7 de la Directiva de 2019 distingue entre la persona trabajadora que debe prestar servicios en un Estado miembro o un tercer país distinto de aquel en que trabaja habitualmente y la persona trabajadora desplazada protegida por las disposiciones de la Directiva 96/71/CE.

Así, para el supuesto del trabajador o trabajadora que es enviada a trabajar a un Estado miembro o tercer país distinto del país en que se prestan los servicios habitualmente, el artículo 7.1 de la Directiva de 2019³⁷⁷ establece la obligatoriedad de informar, como es evidente, el país en que se trabajará y la duración prevista del trabajo. También ha de indicarse la divisa en que se pagará el salario y las prestaciones en metálico o en especie asociadas a las tareas asignadas en el extranjero, así como las condiciones de repatriación, si aquella está prevista.

³⁷⁶ Este es el primer cambio, pues la Directiva 91/533/CEE hacía referencia al «trabajador expatriado», definido en el artículo 4.1 como “el trabajador que tenga que ejercer normalmente su trabajo en uno o varios países distintos del Estado miembro a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral”.

³⁷⁷ Artículo 7.1 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Los Estados miembros velarán por que, en caso de que el trabajador deba trabajar en un Estado miembro o un tercer país distintos del Estado miembro en el que trabaja habitualmente, el empleador le proporcione antes de su partida los documentos a los que se hace referencia en el artículo 5, apartado 1, que incluirán, como mínimo, la siguiente información adicional:

- a) el país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo y la duración prevista de este;
- b) la divisa para el pago de la retribución;
- c) en su caso, las prestaciones en metálico o en especie ligadas a la(s) tarea(s) asignada(s);
- d) información sobre si está prevista la repatriación y, en caso afirmativo, las condiciones de repatriación del trabajador”.

Por otra parte, con respecto a las personas trabajadoras desplazadas, el artículo 7.2 de la Directiva de 2019³⁷⁸ exige informar respecto a la remuneración a la que se tiene derecho según la legislación del Estado miembro al cual serán desplazadas y respecto a la existencia de complementos específicos por desplazamiento y disposiciones referidas al reembolso de gastos de viaje, alojamiento y manutención, además de proporcionar el enlace al sitio web del Estado miembro que informa sobre las condiciones de trabajo y disposiciones del derecho nacional que deben aplicarse a las personas trabajadoras desplazadas³⁷⁹. Estos dos últimos aspectos se relacionan con las disposiciones de la Directivas (UE) 2018/957 y Directiva (UE) 2014/67 –a las que nos referiremos al tratar el estatuto jurídico del trabajador expatriado– las cuales han añadido los complementos o reembolsos de gastos de viaje, alojamiento y manutención como nueva condición laboral del núcleo duro de condiciones de trabajo y han establecido la obligación de los Estados miembros de crear dicha página web.

³⁷⁸ Artículo 7.2 de la Directiva (UE) 2019/1152: En el caso de un trabajador desplazado cubierto por la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros velarán por que se comunique al trabajador la siguiente información complementaria:

- a) la remuneración a la que este tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;
- b) de haberlos, todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención;
- c) el enlace al sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por el Estado o Estados miembros de acogida de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

³⁷⁹ De acuerdo con el Anteproyecto de ley, el artículo 7 de la Directiva quedaría transpuesto en la nueva redacción del artículo 3 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, que tendría el siguiente tenor: “1. Cuando una persona trabajadora tenga que prestar normalmente sus servicios en el extranjero la información a la que se refieren los artículos 2 y 2 bis deberá ser completada con los siguientes extremos:

- a) El país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo y la duración del trabajo que vaya a prestarse en el extranjero.
- b) La moneda en que se pagará el salario.
- c) Las retribuciones en dinero o en especie, tales como dietas, compensaciones por gastos o gastos de viaje, y las ventajas vinculadas a la circunstancia de la prestación de servicios en el extranjero.
- d) En su caso, las condiciones de repatriación del trabajador, así como si está prevista esta.
- e) En el caso de una persona trabajadora desplazada al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional, las retribuciones a la que esta tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención y el enlace al sitio web oficial único a escala nacional en materia de desplazamiento desarrollado por el Estado o Estados miembros de acogida.

2. La información sobre los extremos a que se refiere el apartado 1.b) podrá derivarse de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir a la persona trabajadora el acceso a la información correspondiente.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación en caso de que la duración del trabajo en el extranjero no rebase las cuatro semanas”.

Aunque en vigencia de la anterior Directiva ya se proponía que la obligación de la empresa debía extenderse a materias tales como la incidencia de la movilidad en los derechos de Seguridad Social, aspectos de fiscalidad, ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas o condiciones de vida en el país de destino, a efectos de permitir a la persona trabajadora evaluar las consecuencias del trabajo en el extranjero³⁸⁰, lo cierto es que la Directiva de 2019 no resulta innovadora en comparación a su predecesora y no contiene obligación alguna respecto a estos extremos, que pueden catalogarse de máxima importancia. Así, coincidimos con quien sostiene que, salvo algunas modificaciones en la redacción, en general las exigencias son las mismas que se establecían en 1991 para el caso de las personas trabajadoras enviadas a trabajar a un Estado miembro o país distinto de aquel en que trabajan habitualmente³⁸¹. Cabe señalar que la ampliación de la información que se les debe proporcionar a los trabajadores y trabajadoras desplazadas es coherente con la Directiva 96/71/CE y sus posteriores modificaciones, actualización que tiene su explicación en el hecho de que en la época de aprobación de la primera Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles aún no se había aprobado la Directiva 96/71/CE, que regula el desplazamiento de trabajadores³⁸². En todo caso, a efectos prácticos, la obligación de información establecida por la Directiva de 1991 podía hacerse extensiva a los desplazados con adaptación a sus particularidades.

Un aspecto que sí resulta de importancia es la modificación establecida por el artículo 7.4 de la Directiva de 2019³⁸³, la cual permite a los Estados miembros decidir si establecen la obligación de información para los casos en que los periodos

³⁸⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 181.

³⁸¹ MIRANDA BOTO, José: "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE)2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español". *Temas Laborales*. 2019, N.º 149, p. 86

³⁸² MIRANDA BOTO, José: "Algo de ruido...", ob. cit., p. 87.

³⁸³ Artículo 7.4 de la Directiva (UE) 2019/1152: "A menos que los Estados miembros dispongan otra cosa, los apartados 1 y 2 no se aplicarán si la duración de cada período de trabajo fuera del Estado miembro en el que el trabajador ejerce habitualmente su actividad es de cuatro semanas consecutivas o menos".

de trabajo en el extranjero no superen las cuatro semanas consecutivas³⁸⁴. Se ha señalado que la opción de no establecer la obligatoriedad de informar en este supuesto podría tener como resultado la proliferación de «micro envíos sucesivos», a efectos de eludir la entrega de información adicional³⁸⁵, pero lo realmente preocupante no es el incumplimiento de la Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles, sino la eventual elusión de la Directiva 96/71/CE, y, en consecuencia, de las disposiciones referidas a la aplicación de la legislación más favorable respecto de determinadas condiciones de trabajo

A modo de comentario general, estimamos que la flexibilidad que otorga la norma comunitaria en relación con el contenido de la información no permite que se cumpla a cabalidad el objetivo pretendido, esto es, garantizar a las personas trabajadoras un grado adecuado de certeza en lo que se refiere a sus condiciones laborales³⁸⁶. Por ejemplo, en el caso de las personas trabajadoras desplazadas, la Directiva de 2019 admite la remisión a las normas legales o convencionales que resulten aplicables para establecer un aspecto tan importante como es la remuneración, circunstancia que, en nuestra opinión, dista mucho de una real determinación de ésta. En ese sentido, coincidimos con quien sostiene que las remisiones pueden ser ineficaces, pues, si para una persona trabajadora promedio ya son de difícil comprensión la interpretación del sistema de clasificación profesional y de las tablas salariales de los convenios colectivos de aplicación en España, con mayor razón lo será un convenio redactado en otro idioma, con

³⁸⁴ En el Anteproyecto de Ley se ha optado por eximir de la obligación de entregar información por escrito a las personas trabajadoras cuya movilidad al extranjero tenga una duración inferior a cuatro meses.

³⁸⁵ MIRANDA BOTO, José: “Algo de ruido...”, ob. cit., p. 88.

³⁸⁶ Considerando N.º 6 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Por tanto, los requisitos mínimos relativos a la información sobre aspectos esenciales de la relación laboral y las condiciones de trabajo aplicables a cada trabajador deben establecerse a escala de la Unión a fin de garantizar a todos los trabajadores en la Unión un grado adecuado de transparencia y previsibilidad con respecto a sus condiciones de trabajo, manteniendo al mismo tiempo una flexibilidad razonable del empleo no convencional y preservando así sus ventajas para los trabajadores y los empleadores”.

Artículo 1.1 de la Directiva (UE) 2019/1152: “La finalidad de la presente Directiva es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral”.

categorías profesionales que difícilmente serán equiparables y con su propio sistema de determinación del salario³⁸⁷.

Tampoco se exige por la Directiva de 2019 –como no lo hacía la antigua Directiva³⁸⁸– que el tiempo de duración de la movilidad esté determinado, pues solo ha de informarse la duración prevista del trabajo en el extranjero, previsión que puede coincidir o no con la realidad. Con respecto a la repatriación o retorno, la actual redacción tampoco permite efectuar una interpretación sustancialmente distinta a la que se venía haciendo, pues la única novedad se refiere a la obligatoriedad de informar si se prevé el retorno de la persona trabajadora.

Cabe añadir que la Directiva de 2019 no innova en la redacción del elemento temporal de la obligación de informar. Como se ha señalado por la doctrina, no se impone a la empresa entregar la información a la persona trabajadora junto a la orden de movilidad, sino que basta con proporcionarla «antes de su partida»³⁸⁹⁻³⁹⁰. Entendemos que esta circunstancia es particularmente grave en el caso de las expatriaciones por decisión empresarial asimiladas a un traslado –en los términos temporales del artículo 40 ET– pues el trabajador o trabajadora no contaría con todos los elementos para tomar una decisión informada con relación a la conveniencia de la movilidad internacional. Y ello no significa que la persona trabajadora cuya expatriación se rija por las previsiones establecidas para los desplazamientos se vea menos perjudicada, ya que a diferencia de un trabajador cuya movilidad se rija por las reglas de los traslados, ésta tiene aún menos margen de actuación: en el mejor de los casos la orden de desplazamiento exige un preaviso de cinco días laborables y no da derecho a extinguir el contrato de trabajo.

³⁸⁷ CALVO GALLEGU, Francisco: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores en el seno de la Unión Europea: aspectos individuales y lucha contra la precariedad”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel; PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, p. 136.

³⁸⁸ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 225.

³⁸⁹ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 226.

³⁹⁰ La nueva redacción del artículo 6.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio propuesta en el Anteproyecto de ley es la siguiente: “La información adicional a que se refiere el artículo 3 deberá ser facilitada por la empresa a la persona trabajadora antes de su partida al extranjero”.

En nuestra opinión, la solución a este inconveniente la otorga una interpretación teleológica de la norma, en relación con la finalidad del deber del empresario de informar sobre estos aspectos a la persona trabajadora que protagonizará la movilidad al extranjero. En cuanto la información tiene una función de garantía y tutela de los derechos de la persona trabajadora, que permite a ésta el conocimiento de su propia posición contractual³⁹¹, el deber de buena fe del empresario asociado a esta obligación³⁹² le exigiría proporcionar la información en el mismo momento en que notifica la expatriación, independientemente de que a la movilidad geográfica se le apliquen las previsiones establecidas para los desplazamientos o los traslados.

De todos modos, el inconveniente al que hemos hecho alusión se observaría principalmente en los supuestos en que la expatriación es consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por parte de la empresa. Aunque la obligación de entregar la información adicional para los supuestos de movilidad internacional debe cumplirse sin importar cual es la fuente reguladora de la expatriación, en el supuesto de una expatriación acordada por las partes es altamente probable que la persona trabajadora ya tenga conocimiento sobre dichos aspectos desde la fase de negociación. En ese sentido, nada obstaría a que la entrega de la información adicional pueda incorporarse en el acuerdo de expatriación, sino que, por el contrario, sería lo más apropiado en este caso.

3.2. El deber de los Estados miembros de velar por el cumplimiento de la obligación de entregar la información adicional. Mecanismos de protección.

Si bien la Directiva de 2019 impone una serie de obligaciones a los Estados miembros, con el objeto de dar eficacia a sus disposiciones, ésta no señala un deber específico de los Estados en relación con la entrega de información adicional establecida en su artículo 7. De las disposiciones de la norma se desprende que las personas trabajadoras sujetos de una medida de movilidad internacional no

³⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo. *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 1 [edición electrónica].

³⁹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El deber del empresario...”, ob. cit.

podrían invocar la aplicación de las presunciones favorables al trabajador referidas a la entrega extemporánea o presentar una reclamación ante autoridades u organismos competentes, pues que el artículo 15.1 de la Directiva de 2019³⁹³ restringe su aplicación a la información facilitada en virtud de los artículos 5 y 6. En cuanto no sería posible hacer efectivas estas presunciones por la vía de la norma de transposición de la nueva Directiva, es necesario el recurso a otras disposiciones del ordenamiento español.

Hecha esta prevención, cabe señalar que existen otros mecanismos que sí protegerían el derecho a la entrega de información adicional en los términos que se establecen por la Directiva: la garantía de indemnidad frente a consecuencias desfavorables o despido y el derecho a la reparación.

En lo que se refiere a la garantía de indemnidad (artículos 17 y 18 de la Directiva de 2019), se impone a los Estados miembros la introducción –en sus respectivos ordenamientos– de medidas para proteger, tanto a la persona trabajadora como a sus representantes, del trato desfavorable, represalias o incluso del despido³⁹⁴. En

³⁹³ Artículo 15.1 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Si un trabajador no ha recibido a su debido tiempo la totalidad o parte de los documentos a los que se hace referencia en el artículo 5, apartado 1, o en el artículo 6, los Estados miembros garantizarán que se apliquen uno o ambos de los sistemas siguientes:

- a) el trabajador se beneficiará de las presunciones favorables definidas por el Estado miembro, que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar, o
- b) el trabajador podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva”.

³⁹⁴ Artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Los Estados miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos aquellos trabajadores que representan a los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva”.

Artículo 18 de la Directiva (UE) 2019/1152: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio para el despido de trabajadores, por haber ejercido los derechos establecidos en la presente Directiva.

2. Los trabajadores que consideren que han sido despedidos, o que han sido objeto de medidas con un efecto equivalente, por haber ejercido los derechos contemplados en la presente Directiva, podrán pedir al empleador que proporcione, las causas debidamente fundamentadas del despido o de las medidas equivalentes. El empleador proporcionará dichos motivos por escrito.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando los trabajadores a los que se hace referencia en el apartado 2 prueben ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes, corresponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas distintas de las previstas en el apartado 1.

4. El apartado 3 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores.

5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 3 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente.

relación con este último, el artículo 18 de la Directiva de 2019 conmina a los Estados a prohibir el despido que tenga causa en el ejercicio del derecho a recibir información, así como a adoptar medidas que establezcan –como mínimo– una inversión de la carga de la prueba. Es decir, aportados los indicios por la persona despedida, debe ser el empleador quien tenga la carga de probar que la causa del despido no es el ejercicio de los derechos que confiere la Directiva de 2019. En todo caso, las medidas establecidas por el artículo 18 de la Directiva de 2019 en materia probatoria no son aplicables a los procesos penales, a menos que los respectivos Estados miembros así lo establezcan.

Por su parte, el derecho a la reparación (artículo 16 de la Directiva de 2019) está referido al derecho a que se indemnice a la persona trabajadora por los perjuicios causados por la falta de información³⁹⁵. De esta disposición no se infiere que los perjuicios se presuman, por lo que será necesario acreditarlos en el proceso judicial pertinente.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, el artículo 19 de la Directiva de 2019 prescribe que las sanciones a imponer por los Estados miembros frente al incumplimiento de la obligación de informar deben ser “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”³⁹⁶, si bien, como veremos en capítulos posteriores, la utilidad de sanciones con un fin similar se ha visto mermada por las recientes sentencias del TJUE, que las ha considerado restrictivas de la libre prestación de servicios³⁹⁷.

6. Salvo disposición en contrario de los Estados miembros, el apartado 3 no se aplicará a los procesos penales”.

³⁹⁵ Artículo 16 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Los Estados miembros velarán por que los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial, y derecho a reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva”.

³⁹⁶ Artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/1152: “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la presente Directiva o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”

³⁹⁷ Vid. Capítulo IV, subepígrafe 2.2.5.2, referido a las medidas indirectas para asegurar el cumplimiento de la Directiva 96/71.

CAPÍTULO III. La determinación de la competencia judicial y la legislación aplicable en el marco de la expatriación de la persona trabajadora.

1. Consideraciones preliminares.

En atención a que nuestro objetivo es establecer el marco jurídico que determina las normas aplicables a la relación laboral de las personas trabajadoras expatriadas desde España –tanto en el interior de la Unión Europea, como en terceros Estados– para luego analizar estas normas en particular, interesa conocer *grosso modo* cómo operan los foros de competencia internacional y las normas de conflicto en una situación privada internacional. Siguiendo el orden que la doctrina ha utilizado tradicionalmente, nos referiremos en primer lugar a la determinación de la competencia judicial y posteriormente al derecho aplicable.

En los casos que un contrato de trabajo tiene vínculos con más de un Estado y, por ende, existe más de una legislación potencialmente aplicable, el derecho internacional privado distingue entre las normas mediante las cuales se establece qué tribunales son competentes para conocer el asunto controvertido (*forum*) y aquellas que sirven para determinar la legislación aplicable al asunto (*ius*)³⁹⁸. Debe tenerse en consideración que ambas cuestiones se resuelven de acuerdo con reglas diversas, reglas en cuya aplicación también resulta necesario atender al lugar en que se prestan los servicios, esto es, si es un Estado miembro de la Unión Europea o un tercer Estado.

Con respecto a la determinación del *forum* y el *ius*, se ha sostenido que el procedimiento lógico es establecer en primer lugar el tribunal competente, para luego determinar la legislación aplicable a la relación laboral, en cuanto la determinación de la competencia es una cuestión previa de orden público procesal,

³⁹⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares 2014, Vol. 1, pp. 42-46.

en relación con las normas de fondo³⁹⁹. Si bien esta afirmación es correcta en el contexto de un conflicto que se ha judicializado, entendemos que en el supuesto de la internacionalización de la relación laboral también resulta importante conocer las reglas bajo las cuales esta se desarrollará, aun cuando no exista un conflicto entre las partes. Por este motivo, la necesaria comprensión del sistema por el cual se determinan las normas que conforman el estatuto jurídico de la persona trabajadora expatriada obliga a un breve repaso de las normas de derecho internacional privado que regulan estas dos cuestiones.

Advirtiendo la complejidad de este asunto, es preciso señalar que cada ordenamiento jurídico tiene sus propias normas de derecho internacional privado, lo que tiene como consecuencia una falta de uniformidad en relación con las posibles soluciones para la determinación del *forum* y el *ius*, las cuales dependerán del ordenamiento que se invoque. En previsión de las dificultades que estas circunstancias acarrearían al objetivo de establecer un mercado común, el proyecto de integración europea estableció tempranamente convenciones internacionales que unificaron las reglas de derecho internacional privada con respecto a algunas materias. Esta es la razón por la que, en el territorio en que se aplica el derecho comunitario, las normas de competencia judicial y de determinación de legislación con aplicación preferente sean, por lo general, uniformes, puesto que son el resultado de la evolución normativa que ha experimentado el derecho internacional privado comunitario.

2. La determinación de la competencia judicial internacional.

Para establecer la competencia judicial, es necesario tener presente que, en materia de contrato de trabajo, las normas relativas a la competencia judicial en el

³⁹⁹ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 26.

ordenamiento español tienen un triple origen: el derecho comunitario, las convenciones internacionales y el derecho interno o estatal⁴⁰⁰.

Siguiendo ese orden, señalaremos que las normas correspondientes al derecho comunitario actualmente vigentes son el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como «Reglamento de Bruselas I bis» y el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, suscrito por la Unión Europea, Dinamarca, Noruega, Suiza e Islandia, denominado «Convenio de Lugano II de 2007».

Por su parte, las convenciones internacionales ratificadas por España que se mantienen vigentes son el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, «Convenio de Bruselas»), que aún se aplica en los territorios de los Estados miembros en que se excluye la aplicación del derecho comunitario y el Convenio con la República de El Salvador. Finalmente, la norma estatal referida a la competencia judicial en materia laboral es el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Tal como se ha sostenido por la doctrina, la aplicación de estas normas se realiza conforme al principio de jerarquía, de manera que la aplicación de una norma excluye la posibilidad de invocar las otras, sin perjuicio que en las disposiciones de la norma aplicada pueda existir una remisión a normas de rango inferior⁴⁰¹. A efectos de una mejor comprensión del sistema de fuentes reguladoras en materia de competencia judicial internacional, y de acuerdo con lo señalado por la doctrina científica, el orden de prelación puede sintetizarse de la forma que sigue: (i) si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, deberá aplicarse el Reglamento de Bruselas I bis, salvo en los territorios de dichos Estados miembros

⁴⁰⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, p. 79.

⁴⁰¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo” *Revista de información laboral*. 2016, N.º 1 [Edición electrónica].

en que no rija el Derecho de la Unión Europea, en los cuales se aplicará el Convenio de Bruselas; (ii) si está domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia, se estará a lo dispuesto en las reglas del Convenio de Lugano II de 2007; (iii) si el demandado está domiciliado en el Salvador, se aplicará el convenio entre España y El Salvador; (iv) si el domicilio del demandado no es alguno de los países anteriores, se debe evaluar la posibilidad de invocar el Reglamento de Bruselas I bis, y; (v) si no es posible aplicar ninguna de las normas anteriores, se acudirá al artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial⁴⁰².

Con la finalidad de aportar un panorama general de normas aplicables en España en materia de determinación de competencia judicial, se hará mención a los Convenios de Lugano II de 2007, Convenio de Bruselas y Convenio bilateral entre España y el Salvador, si bien no se realizará un análisis en profundidad en cuanto podría incidir en explicaciones redundantes, dada la similitud de sus reglas con las establecidas en el Reglamento de Bruselas I bis.

⁴⁰² LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp. 28-29; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: "Competencia judicial...", ob. cit., p. 91, nota 64.

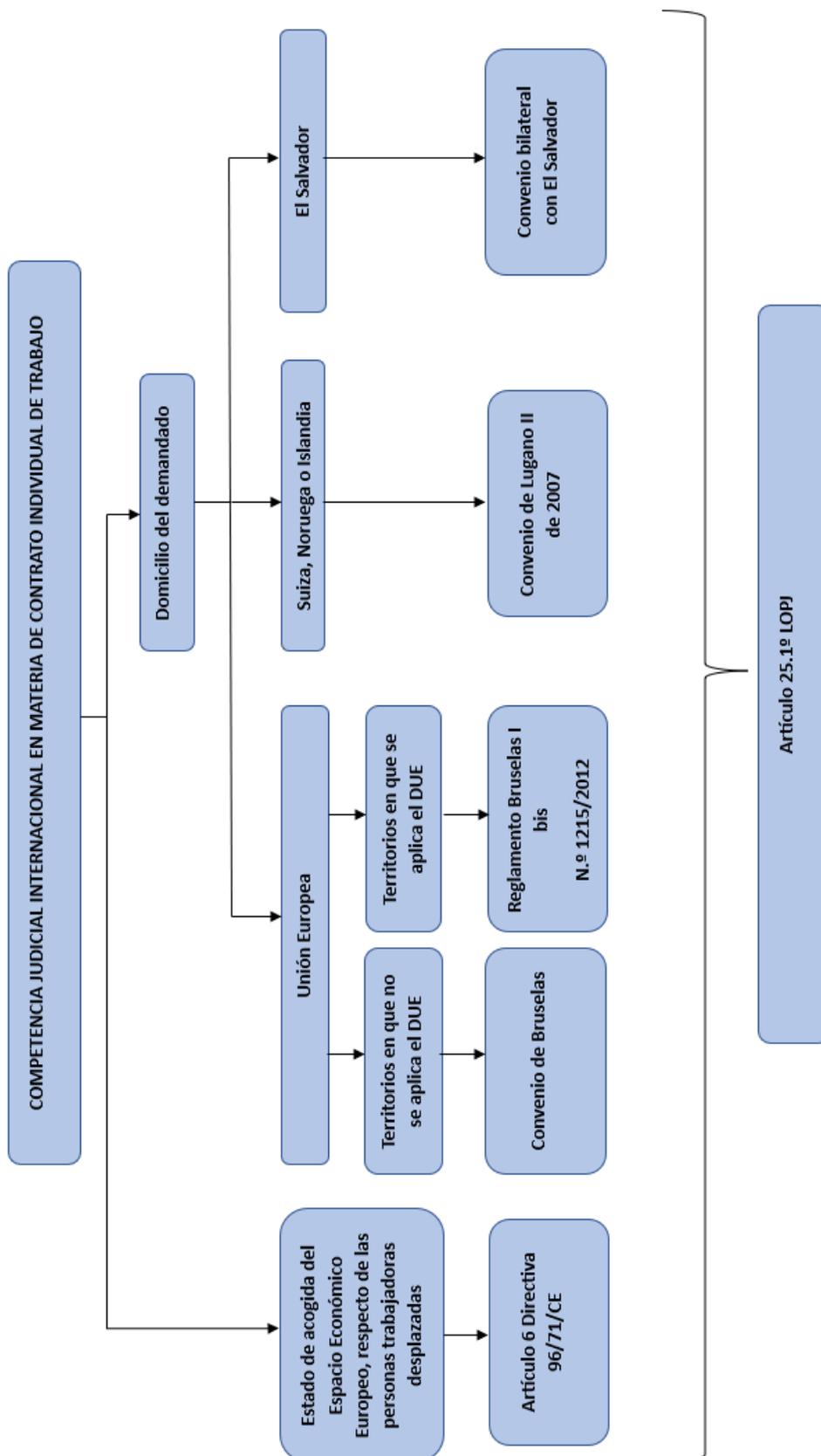


FIG.1. Esquema de normas de competencia judicial laboral internacional.

2.1. Las normas de determinación del foro del Derecho de la Unión Europea en materia laboral.

2.1.1. La competencia judicial según el Reglamento (UE) 1215/2012 o «Reglamento de Bruselas I bis».

En la actualidad, la norma comunitaria que establece las reglas que determinan el órgano jurisdiccional competente⁴⁰³ para conocer de un caso con elementos de extranjería en materia laboral es el Reglamento (UE) 1215/2012 o «Reglamento de Bruselas I bis» (en adelante «RBI-bis»). Este Reglamento constituye el texto refundido que derogó al Reglamento (CE) 44/2001, denominado «Reglamento de Bruselas I»⁴⁰⁴, primera regulación sobre derecho internacional privado en materia civil y mercantil que tenía el carácter de derecho de la Unión Europea⁴⁰⁵. Aunque debe reconocerse su carácter de normas pioneras en el derecho comunitario, es preciso señalar que tanto el Reglamento de 2012 como el de 2001 tienen como antecedente al Convenio de Bruselas de 1968, convenio internacional firmado por los Estados miembros y que –al no constituir derecho comunitario– aún mantiene vigencia en ciertos territorios de los Estados miembros a los que no se aplica el derecho de la Unión Europea⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Con la finalidad de ofrecer una mejor redacción, utilizaremos la palabra «tribunales» como sinónimo de «órgano jurisdiccional», expresión utilizada por las normas comunitarias.

⁴⁰⁴ El artículo 85 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012 establece que “queda derogado el Reglamento (CE) n.º 44/2001. Las referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al presente Reglamento y con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo III”.

⁴⁰⁵ Sin embargo, el Reglamento de Bruselas I de 2001 continúa siendo la norma aplicable a las acciones ejercitadas con anterioridad al 10 de enero de 2015 cuyo procedimiento aún no haya concluido. En efecto, el artículo 66.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012 dispone que: “No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) N.º 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

⁴⁰⁶ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp. 38-39. Los autores hacen referencia a (i) los territorios franceses de Nueva Caledonia y dependencias, Polinesia Francesa, Tierras Australes y Antárticas Francesas, Islas Wallis y Fortuna, Mayotte, Saint Pierre et Moquelon; (ii) Aruba y las Antillas Neerlandesas (Bonaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín, Anguila, y (iii) Groenlandia. Los autores consideran incluida a Groenlandia en cuanto el Convenio de Bruselas establece su aplicación a este territorio, siendo de dudosa legalidad la retractación de Dinamarca en este aspecto, al adherirse al Tratado de la Comunidad Económica Europea.

De acuerdo con el artículo 8.1 RBI-bis, la totalidad de las disposiciones del RBI-bis son aplicables desde el 10 de enero de 2015⁴⁰⁷, de modo que esta norma rige a todas las acciones judiciales con elementos de extranjería iniciadas con posterioridad a esa fecha⁴⁰⁸. Con respecto a su ámbito territorial, el RBI-bis rige en todo territorio de los Estados miembros en que se aplica el derecho comunitario, incluyendo Dinamarca⁴⁰⁹. En relación con su ámbito personal, es importante destacar que, si bien las reglas para determinar la competencia exigen que la parte demandada tenga su domicilio en un Estado miembro⁴¹⁰, esta exigencia encuentra una excepción en materia laboral, puesto que el RBI-bis permite a los trabajadores demandar a un empresario que no esté domiciliado en un Estado miembro, siempre que se verifiquen ciertas condiciones, como se verá más adelante.

Sobre la base del domicilio de la parte demandada como principio competencial fundamental de los tribunales⁴¹¹, el RBI-bis establece a través de sus disposiciones cuatro tipos de foro: exclusivos, voluntarios, especiales y general⁴¹². Teniendo en cuenta que los foros exclusivos no operan en materia de contrato de trabajo –ya que están referidos a supuestos determinados en que existe una relación estrecha

⁴⁰⁷ Artículo 81 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros con arreglo a los Tratados”.

⁴⁰⁸ Sin embargo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial...”, ob. cit., p. 81, nota 11, sostiene que el RRI-bis también podría aplicarse a las resoluciones judiciales que se dictaren en fecha posterior al día 10 de enero de 2015 en el marco de acciones ejercitadas con anterioridad a ese día, bajo la condición de que dicha resolución hubiera sido dictada conforme a reglas de competencia judicial equiparables a las del RBI-bis.

⁴⁰⁹ Aunque el considerando 41 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012 establece que Dinamarca no participa en la adopción del Reglamento, mediante carta de fecha 20 de diciembre de 2012 y de acuerdo con el procedimiento previsto por dicho considerando, Dinamarca notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) N.º 1215/2012.

⁴¹⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial ...”, ob. cit., p. 83.

⁴¹¹ VILLA FOMBUENA, María: “Jurisdicción y ley aplicable a los desplazamientos transnacionales”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (director): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, p.52.

⁴¹² Seguiremos el orden de exposición planteado por MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial ...”, ob. cit., p. 93 y ss. y LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 47, puesto que, a nuestro entender, facilitan la comprensión del tema.

entre un Estado y el litigio, relación estrecha que se considera más relevante que el lugar de domicilio de los litigantes⁴¹³ –, nos ocuparemos del análisis de los foros voluntarios, especiales y general en orden de prelación.

En consecuencia, el estudio iniciará con el examen del siguiente nivel jerárquico, esto es, los foros voluntarios, cuya existencia da lugar a su aplicación preferente⁴¹⁴. Únicamente tras la comprobación de que no existe un foro voluntario válido, es posible recurrir a los foros especiales o al foro general, los que pueden aplicarse alternativamente, según se explicará.

⁴¹³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial ...”, ob. cit., p. 83.

⁴¹⁴ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 47.

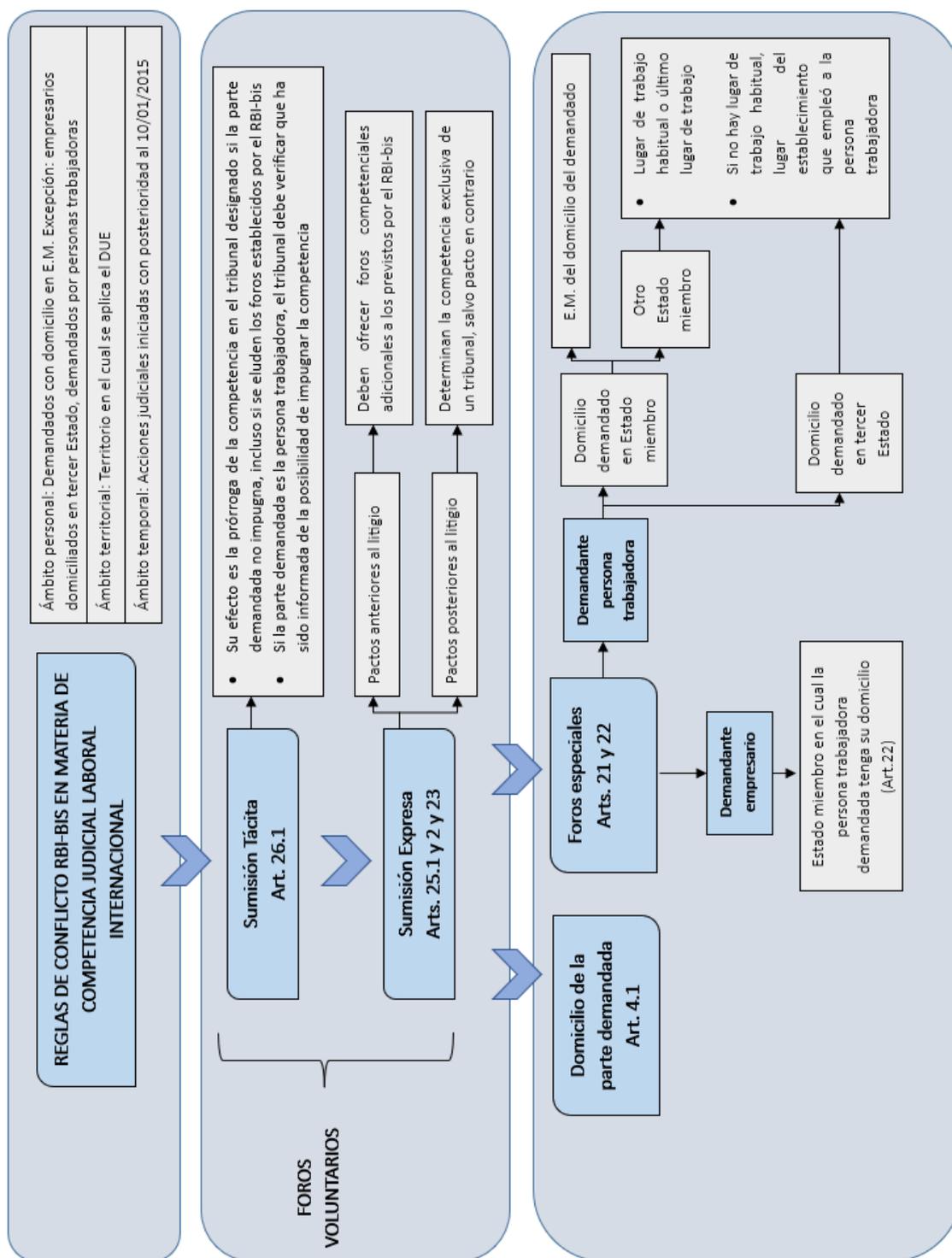


FIG.2. Esquema de reglas de conflicto establecidas por el RBI-bis en materia de competencia judicial laboral internacional.

2.1.1.1. Los foros voluntarios del Reglamento de Bruselas I bis.

2.1.1.1.1. La sumisión tácita.

Regulada en el artículo 26.1 RBI-bis, la sumisión tácita se produce cuando la parte demandada comparece ante un órgano jurisdiccional y no alega su incompetencia, acatando, en consecuencia, la determinación del foro efectuada por la parte demandante⁴¹⁵. Por el contrario, esta regla no resulta aplicable en el supuesto de que la parte demandada objete la competencia en su primera presentación ante el tribunal o si, además de objetar la competencia, impugna el fondo del asunto⁴¹⁶.

En cuanto es un modo de atribuir competencia a un tribunal, la sumisión tácita tiene prevalencia sobre todos los demás foros, ocupando la cúspide en el orden de aplicación de las reglas de competencia⁴¹⁷. De hecho, la sumisión tácita puede producirse incluso si ninguna de las partes tiene su domicilio en el Estado miembro en que está ubicado el tribunal y aunque no exista un vínculo objetivo con aquel Estado⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Artículo 26.1 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24”.

⁴¹⁶ STJUE *Asunto Elefanten Schuh vs. Pierre Jacqmain*, de 24 de junio de 1981(150/80), apartado 17. De todos modos, se señala que la objeción debe permitir que, tanto la contraparte como el órgano jurisdiccional ante el cual se ha presentado la demanda comprendan que se está cuestionando la competencia (apartado 37).

En lo que se refiere a los actos jurídico-procesales que pueden ser considerados comparecencia de la parte demandada, el TJUE ha establecido que aquello ha de resolverse conforme a las normas procesales de derecho interno del tribunal ante el cual se ha demandado (apartado 17).

⁴¹⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial...”, ob. cit., p. 93 y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”. Cuadernos de derecho transnacional. 2017, Vol. 9, N.º 1, p. 448, quien cita la STJUE *Asunto Taser Internacional*, 17 de marzo de 2016 (C-175/15). Aunque este Asunto interpreta el Reglamento de Bruselas I, el artículo 24 al que hace referencia encuentra su idéntico equivalente en el artículo 26 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012.

Al respecto, la STJUE *Asunto Taser Internacional*, 17 de marzo de 2016 (C-175/15), apartado 25, sostiene que “los artículos 23, apartado 5, y 24 del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual, en el que el demandante ha sometido el litigio a los tribunales del Estado miembro en que el demandado tiene su domicilio social, la competencia de esos tribunales puede resultar del artículo 24 de dicho Reglamento, siempre que el demandado no impugne su competencia, aunque el contrato entre esas dos partes contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero”.

⁴¹⁸ A tal conclusión arriba MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial ...”, ob. cit., p. 94, citando la STJUE *Asunto Taser Internacional*, 17 de marzo de 2016 (C-175/15).

En efecto, se ha sostenido que la sumisión tácita es una manifestación de la autonomía de la voluntad de la parte demandada, puesto que, frente a la demanda interpuesta, siempre tiene la posibilidad de oponerse a la designación del foro mediante una excepción de incompetencia o su equivalente, de acuerdo con las normas procesales que rijan en el Estado en que se encuentra el tribunal que está conociendo del asunto⁴¹⁹. Asimismo, se señala que la sumisión tácita no es una desventaja para la parte más débil, pues siempre se produce después de la judicialización del conflicto y, además, si es la persona trabajadora quien acata la designación del foro efectuada por la empresa demandante, se entiende que será porque le resulta conveniente o al menos, no le perjudica⁴²⁰.

En el entendido de que la persona trabajadora es la parte más débil del contrato de trabajo y con el objeto de prevenir una determinación del foro mediante sumisión tácita que resulte contraria a su voluntad, el RBI-bis es ciertamente más estricto en el caso de que la parte demandada sea el trabajador o trabajadora. El artículo 26.2 RBI-bis⁴²¹ impone al tribunal designado por la empresa demandante el deber de verificar que la persona trabajadora ha sido informada, tanto del derecho que le asiste a impugnar la competencia –evitando así que se perfeccione la sumisión tácita– como de los efectos de comparecer sin impugnar o no comparecer.

Aunque la institución de la sumisión tácita no es desconocida para el derecho procesal español, la exigencia impuesta no nos parece suficiente, puesto que la disposición no precisa de qué manera se ha de cumplir el deber de verificar que se

En su apartado 21, el TJUE sostiene que “el artículo 24, primera frase, del Reglamento n.º 44/2001 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. La referida disposición se aplica también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un tribunal contraviniendo las disposiciones del mismo Reglamento e implica que la comparecencia del demandado pueda considerarse una aceptación tácita de la competencia del tribunal ante el que se ha planteado el litigio y, por lo tanto, una prórroga de la competencia de éste”. El subrayado es nuestro.

⁴¹⁹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La competencia judicial internacional...”, ob. cit.

⁴²⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial ...”, ob. cit., pp. 93-94.

⁴²¹ Artículo 26.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no”.

ha informado a la persona trabajadora –no especifica si debe ser el propio órgano jurisdiccional el que proporcione la información a través de una resolución–, no establece requisitos a efectos de una adecuada comprensión de las normas procesales internas que están siendo informadas a la persona trabajadora demandada, omitiendo también toda referencia a un plazo procesal idóneo para el ejercicio del derecho a impugnar la competencia.

Si a la imprecisión de esta garantía se añade la potencial facultad de eludir el foro general y los foros especiales a través de la sumisión tácita en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin vínculo con los litigantes, hemos de concluir que la utilización de esta regla debería interpretarse de forma restrictiva por el tribunal que conozca del asunto. Lo anterior, con la finalidad de que quede suficientemente clara la voluntad de la parte demandada trabajadora de someterse tácitamente a ese tribunal y, de ese modo, evitar situaciones que contravengan las finalidades del RBI-bis.

2.1.1.1.2. El pacto de sumisión expresa.

El siguiente foro voluntario, aplicable con preferencia a todos los demás y que únicamente cede cuando se genera la sumisión tácita, es el pacto de sumisión expresa válido. Este pacto puede hacerse valer indistintamente por la empresa o por la persona trabajadora, tanto para justificar la interposición de la demanda en un determinado órgano jurisdiccional como para impugnar su competencia.

En atención a que en materia de contrato de trabajo la suscripción de un acuerdo atributivo de competencia se celebra entre partes que no tienen el mismo poder negocial, el artículo 23 RBI-bis⁴²² establece ciertas exigencias para que este pacto pueda considerarse eficaz y pueda atribuírsele el efecto de excluir a los foros especiales y al foro general. Según esta disposición, para que el acuerdo tenga efectos debe ser posterior al nacimiento del litigio, o bien debe determinar la

⁴²² Artículo 23 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos:

- 1) posteriores al nacimiento del litigio, o
- 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección”.

competencia de órganos jurisdiccionales distintos a aquellos determinados por las normas del RBI-bis.

En ese sentido, y en virtud del artículo 23 numeral 1) RBI-bis, un pacto celebrado después del nacimiento del litigio resultará eficaz para desplazar la aplicación de los otros foros. Lo anterior, en cuanto se presupone que, si el pleito ya existe, ello implica que la persona trabajadora no se ha visto obligada a aceptar un foro que le perjudica⁴²³. A este respecto, la doctrina científica hace presente que la expresión «nacimiento del litigio» no es equivalente al inicio de un proceso judicial, sino que únicamente alude a un desacuerdo manifiesto entre las partes⁴²⁴, por lo que podría considerarse válido un pacto suscrito tras el desacuerdo de las partes, pero anterior en el tiempo a la interposición de la demanda.

No obstante, el artículo 23 numeral 1) RBI-bis no debe interpretarse en el sentido de que todos los acuerdos suscritos con anterioridad al «nacimiento del litigio» carecen de eficacia. Una interpretación conjunta de los numerales 1) y 2) del artículo 23 RBI-bis, permite concluir que serán válidos los acuerdos anteriores al nacimiento del litigio que amplíen los foros competentes, esto es, que faculten a la persona trabajadora para demandar –además– ante tribunales distintos a los competentes según los foros especiales y general⁴²⁵. De tal manera, en concordancia con el objetivo de protección de la parte más débil del contrato, mientras la parte empleadora solo está facultada para invocar los acuerdos posteriores al litigio⁴²⁶, la persona trabajadora podrá valerse tanto de los pactos

⁴²³ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La competencia judicial internacional...”, ob. cit.

⁴²⁴ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La competencia judicial internacional...”, ob. cit.

⁴²⁵ Esta es la interpretación que plantea la STJUE *Asunto Mahamdia*, 19 de julio de 2012 (C-154/11), apartado 62: “Habida cuenta de la finalidad del artículo 21 del Reglamento nº 44/2001, este último requisito ha de entenderse, como el Abogado General señaló en los puntos 58 y 59 de sus conclusiones, en el sentido de que esa cláusula, pactada con anterioridad al nacimiento del litigio, debe atribuir la competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador a fueros que se añadan a los previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001. Por lo tanto, esa cláusula no produce el efecto de excluir la competencia de estos últimos, sino de ampliar la posibilidad de que el trabajador elija entre varios órganos jurisdiccionales competentes”.

En cuanto el RBI-bis mantiene la redacción que la norma tenía en el Reglamento de Bruselas I respecto a los requisitos del pacto de sumisión expresa, esta jurisprudencia mantiene su vigencia.

⁴²⁶ En relación con este requisito, la STJUE de 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16), apartados 52 a 54 determinó que una cláusula atributiva de competencia que constaba en el contrato de trabajo no podía

posteriores como de los pactos anteriores que le ofrezcan foros competenciales no previstos por el RBI-bis⁴²⁷.

De acuerdo con el artículo 25.5 RBI-bis⁴²⁸, el pacto de sumisión expresa es independiente de las cláusulas del contrato de trabajo, de manera que no se ve afectado por la eventual nulidad de las estipulaciones del contrato. En todo caso, para que los acuerdos referidos a la competencia judicial laboral sean válidos, el artículo 25.1 RBI-bis⁴²⁹ exige que se éstos se establezcan, bien por escrito o verbalmente con confirmación por escrito, bien en una forma que se ajuste a los hábitos establecidos entre las partes. El requisito de su estipulación en forma escrita se entenderá cumplido en caso de que se realice una transmisión por medios electrónicos que proporcione un registro duradero, puesto que el artículo 25.2 RBI-bis⁴³⁰ lo prevé expresamente⁴³¹.

A diferencia de los requisitos de formales, los cuales se interpretan de conformidad con disposiciones del RBI-bis, el análisis de la validez del contenido del pacto de sumisión expresa –incluyendo el análisis de una eventual nulidad de pleno

aplicarse de manera exclusiva, prohibiendo al trabajador el acceso a los foros ofrecidos por la norma vigente en la época en que se produce el conflicto, esto es, el Reglamento de Bruselas I.

⁴²⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial...”, ob. cit., p. 95.

⁴²⁸ Artículo 25.5 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “5. Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato”.

⁴²⁹ Artículo 25.1 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita;
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

⁴³⁰ Artículo 25.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

⁴³¹ Recientemente, en STJUE de 24 de noviembre de 2022 (C-358/21), apartado 59, en materia de derecho del consumo, el TJUE ha interpretado la norma equivalente establecida en el artículo 23 del Convenio de Lugano, determinando la validez de las cláusulas atributivas de competencia recogidas en condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a un enlace hipertexto a un sitio web en el que se pueden consultar o a partir del cual se pueden descargar o imprimir.

derecho– debe efectuarse conforme al derecho interno del Estado miembro en que tiene jurisdicción el tribunal designado, según establece el artículo 25.1 RBI-bis. Con este precepto se pretendía solucionar la divergencia de corrientes jurisprudenciales originada durante la vigencia del Reglamento de Bruselas I: una primera corriente, en virtud de la cual algunos tribunales sometían la validez del pacto de sumisión expresa a la ley del foro –al interpretarse que se trataba de una cláusula estrictamente procesal– y la segunda, conforme a la cual se determinaba la validez del pacto según la ley aplicable al contrato⁴³². Pese al intento de colmar la laguna, debemos señalar que la actual redacción del artículo 25.1 RBI-bis no da lugar a una solución uniforme en todos los Estados miembros, pues, en cuanto el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación a las cláusulas de elección de foro, los tribunales de cada Estado todavía podrían elegir si aplicar la ley del foro o la ley aplicable al contrato según sus propias reglas de conflicto⁴³³.

De todos modos, si hay un aspecto innovador del RBI-bis, en relación con el Reglamento predecesor, es el hecho de prescindir del domicilio de las partes como elemento para determinar la competencia, bajo. El artículo 25.1 RBI-bis otorga validez a los acuerdos de elección de foro que designan a los tribunales de un Estado miembro, incluso en los casos en que ninguna de las partes esté domiciliada en alguno de ellos⁴³⁴. Al respecto, se ha señalado que, en cuanto reforzaba la eficacia de los pactos de sumisión expresa y pretendía atraer el conflicto al ámbito territorial de la Unión Europea, esta disposición gozó de un amplio consenso, pues

⁴³² GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”. *Revista española de Derecho europeo*. 2013, N.º 48 [Edición electrónica].

⁴³³ GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I...”, ob. cit., advierten que el Reglamento Roma I no es directamente aplicable en este supuesto, toda vez que en su artículo 1.2 letra e) la norma comunitaria excluye de su ámbito de aplicación “los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente”.

⁴³⁴ ROSENDE VILLAR, Cecilia: “Principales novedades del reglamento N.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. *Unión Europea Aranzadi*. 2014, N.º 11 [edición electrónica].

resolvía problemas de elusión del anterior Reglamento en supuestos de pluralidad de domicilios y cambio de domicilio⁴³⁵.

Prescindiendo del domicilio del demandado, el legislador comunitario pretendía conjugar el respeto de la autonomía de las partes con la protección a la parte más débil del contrato⁴³⁶. Y, en efecto, lo logra, pues la regulación de los acuerdos anteriores al conflicto permite a la persona trabajadora agregar foros a aquellos que ya eran competentes para conocer del asunto según las reglas generales. La certeza de la judicialización del conflicto favorece que la suscripción de cualquier pacto de sumisión expresa posterior al mismo sea fruto de una decisión meditada y con conocimiento de las consecuencias. Este pacto posterior al litigio, salvo estipulación en contrario, determinará la competencia exclusiva de un tribunal de un Estado miembro. Por el contrario, la sumisión a favor de órganos jurisdiccionales de terceros Estados no queda regulada por el RBI-bis⁴³⁷ y, en ese sentido, un pacto en tales términos se analizará de acuerdo con las normas de derecho interno del Estado miembro en que surja la cuestión⁴³⁸.

Aunque podría suceder que un pacto de sumisión expresa posterior al litigio determinara un foro que conviniese a la empresa en perjuicio de la persona trabajadora, ello comportaría falta de diligencia por parte de la persona trabajadora, cuyo interés cedería en favor de la seguridad jurídica, la cual es también un objetivo del RBI-bis⁴³⁹. En efecto, en cuanto permiten que las partes puedan prever que

⁴³⁵ GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I...”, ob. cit.

⁴³⁶ Considerando 15 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado”.

⁴³⁷ De acuerdo con CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 277-278, quienes sustentan la tesis de la «remisión al derecho nacional», la sumisión realizada en favor de terceros Estados se rige por el derecho interno del tribunal que conoce la cuestión de la sumisión.

⁴³⁸ LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: “Cláusula atributiva de competencia...”, ob. cit., p. 446.

⁴³⁹ Considerando 16 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe

serán demandadas frente a un órgano jurisdiccional previamente determinado, la seguridad jurídica es una de las principales ventajas de los pactos de sumisión expresa, pero no la única. A esta ventaja deben añadirse las razones que han motivado a las partes a seleccionar un foro, otras ventajas, entre las cuales pueden señalarse la neutralidad, especialidad, cercanía y la potencial reducción de costes de litigación⁴⁴⁰.

No obstante, si el acuerdo de sumisión expresa es declarado nulo por los motivos de forma o de fondo que se han señalado previamente, el tribunal designado no será competente para conocer del asunto. De tal manera, en ausencia de pacto, será necesario determinar la competencia acudiendo a los foros que se señalarán a continuación y que se establecen en defecto de los foros voluntarios.

2.1.1.2. El foro general: el domicilio de la parte demandada.

Si las partes no han atribuido competencia a un órgano jurisdiccional a través de un pacto de sumisión expresa, o bien, mediante actos de los que se derive dicha voluntad, resulta necesario acudir a las reglas establecidas en el RBI-bis para la determinación del tribunal que resultará competente, que pueden ser los foros especiales mencionados en el apartado anterior o bien el domicilio de la parte demandada.

En efecto, las disposiciones del RBI-bis en materia de contrato de trabajo mantienen la regla general basada en el principio *favor debitoris* que, con la finalidad de favorecer al deudor, determina la competencia de los tribunales del domicilio del demandado⁴⁴¹. Además de ser una regla históricamente consolidada, la doctrina científica tradicional ha sostenido que, desde una perspectiva finalista favorece la tutela judicial efectiva –al permitir la ejecución de la sentencia en un tiempo más breve–, ahorra costes a los litigantes y evita los procesos infundados,

garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente...”.

⁴⁴⁰ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2018, Vol. 70/1, pp. 155-156.

⁴⁴¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La competencia judicial internacional...”, ob. cit.

al entenderse que la parte actora asume el riesgo y los costes derivados de la litigación internacional⁴⁴². Es por ello que el artículo 4.1 RBI-bis establece, como foro general, el domicilio de la parte demandada⁴⁴³, si bien se sostiene que, en materia laboral éste se ha convertido en un criterio residual, considerando que la persona trabajadora cuenta con las alternativas que le brindan los foros especiales⁴⁴⁴.

Dado que en materia de contrato de trabajo existe una parte considerada más débil, en los casos en que la parte demandante es la persona trabajadora, el foro general puede ser desplazado por los foros especiales establecidos en beneficio del trabajador o trabajadora, que resultan más ventajosos en cuanto permiten demandar ante tribunales de un Estado miembro, incluso si el empresario no está domiciliado en la Unión Europea. En todo caso, el hecho de que existan foros especiales no significa que tengan prevalencia sobre el foro general, sino que éstos coexisten en un sistema que ofrece alternativas a la persona trabajadora⁴⁴⁵, la cual puede elegir entre interponer su demanda en el foro general conforme al artículo 4.1 RBI-bis, o bien en los foros especiales que le ofrece el artículo 21 RBI-bis.

Esta regla de competencia debe relacionarse con el concepto de domicilio de las personas jurídicas establecido en el artículo 63.1 RBI-bis, en cuanto el legislador comunitario ha entendido que éste debe definirse de manera autónoma por el derecho de la Unión Europea para reforzar la transparencia de las normas comunes y evitar conflictos de jurisdicción⁴⁴⁶. Según esta disposición, debe entenderse que

⁴⁴² CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'i-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2019, Vol. 11, N.º 1, pp. 116-117. No obstante, el autor plantea que esta regla de competencia, de la manera que ha sido entendida, resulta ineficiente: entre otras razones, sostiene que beneficia injustificadamente al demandado al castigar a la presunta víctima con el precio del viaje jurisdiccional y las ventajas de esta regla solo son ciertas si el domicilio del demandado es el lugar donde se encuentran los bienes contra los que puede ser ejecutada la sentencia.

⁴⁴³ Artículo 4.1 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado".

⁴⁴⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: "Competencia judicial...", ob. cit., p. 92.

⁴⁴⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: "Competencia judicial...", ob. cit., p. 91.

⁴⁴⁶ Considerando 15 Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio,

el domicilio de las sociedades o personas jurídicas es el lugar en que se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal⁴⁴⁷. Asimismo, en materia de contrato de trabajo este concepto es ampliado por el artículo 20.2 RBI-bis⁴⁴⁸, en virtud del cual se considerará que un empresario está domiciliado en el Estado miembro en el que tenga sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, respecto de litigios derivados de la explotación de los mismos.

Para interpretar el sentido del artículo 20.2 RBI-bis, el TJUE ha establecido criterios que, teniendo en cuenta el objetivo de proteger a la parte contratante más débil, permiten determinar el contenido de los conceptos de «sucursal», «agencia» o «cualquier otro establecimiento» y si un litigio está relacionado con la explotación de estas entidades⁴⁴⁹. Según el primero de estos criterios, los conceptos proporcionados por la disposición se refieren a un centro de operaciones que se manifiesta de un modo duradero hacia el exterior, que supone una prolongación de la casa matriz y que está dotado de una dirección y materialmente equipado para la negociación con terceros⁴⁵⁰. De acuerdo con el segundo criterio, la explotación

excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”.

⁴⁴⁷ Artículo 63.1 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra:

- a) su sede estatutaria;
- b) su administración central, o
- c) su centro de actividad principal”.

⁴⁴⁸ Artículo 20.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.

⁴⁴⁹ A estos criterios se refiere la STJUE *Asunto Mahamdia* de 19 de julio de 2012 (C-154/11). Si bien este Asunto interpreta el artículo 18.2 del Reglamento de Bruselas I, el artículo 20.2 del Reglamento de Bruselas I bis resulta idéntico a dicho precepto.

En el *Asunto Mahamdia*, el TJUE considera “establecimiento” a la embajada de Argelia en Alemania, a efectos de determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro para conocer de la demanda promovida por un trabajador de dicha embajada.

Asimismo, esta sentencia es interesante en cuanto se sostiene que el principio de inmunidad jurisdiccional del derecho internacional –en virtud del cual un Estado no puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado– no es absoluto, por lo que puede excluirse en los casos que la acción judicial tenga por objeto actos que estén fuera de la esfera de ejercicio del poder público, como es la celebración de un contrato de trabajo con personas que no desempeñan funciones en que se ejerza el poder público.

⁴⁵⁰ STJUE *Asunto Mahamdia* de 19 de julio de 2012 (C-154/11), apartado 48: “Al interpretar dichos conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento», el Tribunal de Justicia ha establecido dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. En primer lugar, el concepto de «sucursal», «agencia» y «cualquier

de la entidad comprende la contratación de personas trabajadoras que se desempeñen en dicho centro de operaciones y las obligaciones contraídas en nombre de la empresa principal y que se deban cumplir en el Estado miembro en que se encuentren⁴⁵¹. De lo señalado por la jurisprudencia del TJUE, es posible inferir que todos los conflictos derivados del contrato de trabajo celebrado con las personas trabajadoras que desempeñen funciones relacionadas con la actividad de gestión de la «sucursal», «agencia» o «cualquier otro establecimiento» deberían considerarse litigios derivados de la explotación de estos⁴⁵², si bien es el tribunal designado el que debe determinar en cada caso si se verifica esta circunstancia⁴⁵³.

En contraste a la definición de domicilio de las personas jurídicas proporcionada por el RBI-bis y la amplitud de su interpretación cuando la materia del litigio es laboral, esta norma no ofrece un concepto comunitario del domicilio de las personas físicas, si bien su artículo 62⁴⁵⁴ remite al derecho interno del tribunal que esté

otro establecimiento» presupone la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz [...] En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades (véase, en este sentido, la sentencia *Somafer*, antes citada, apartado 13)».

⁴⁵¹ STJUE *Asunto Somafer*, 22 de noviembre de 1978 (33/78), apartado 13, al cual se remite el *Asunto Mahamdía*: “que, en lo que al segundo punto respecta, es necesario, además, que el objeto del litigio se refiera a la explotación de la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento; que este concepto de explotación comprende, por una parte, los litigios relativos a los derechos y obligaciones, contractuales o extracontractuales, sobre la gestión propiamente dicha de la agencia, de la sucursal o del establecimiento, en sí mismos, tales como los que se refieren al alquiler del inmueble donde estén instaladas estas unidades de actuación o a la contratación en dicho lugar del personal que allí trabaja; que, por otra parte, también comprende los litigios relativos a las obligaciones contraídas por el centro de operaciones anteriormente descrito, en nombre de la empresa principal y que se deban cumplir en el Estado contratante donde dicho centro de operaciones se halle establecido, así como los referentes a las obligaciones extracontractuales derivadas de las actividades que la sucursal, la agencia o cualquier otro establecimiento, en el sentido anteriormente expuesto, haya realizado por cuenta de la empresa principal en el lugar donde se encuentre establecido; que, en cada caso, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar los indicios que permitan apreciar la existencia de un centro efectivo de operaciones y calificar la relación jurídica controvertida respecto al concepto de «explotación», tal y como ha sido interpretado anteriormente”.

⁴⁵² STJUE *Asunto Mahamdía* de 19 de julio de 2012 (C-154/11), apartado 52: “Por consiguiente, en lo concerniente a los contratos de trabajo celebrados por una embajada en nombre del Estado, ésta constituye un «establecimiento» en el sentido del artículo 18, apartado 2, del Reglamento no 44/2001 cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor”.

⁴⁵³ STJUE *Asunto Somafer*, 22 de noviembre de 1978 (33/78), apartado 13.

⁴⁵⁴ Artículo 62 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna.

conociendo del asunto, a efectos de su determinación. Así, en caso de que se establezca que la persona no está domiciliada en el Estado miembro del tribunal que conoce el asunto, éste deberá aplicar el derecho interno del Estado miembro del domicilio pretendido.

Como se ha señalado por la doctrina, la aplicación de esta disposición posibilita declaraciones contradictorias de competencia, debido a los diversos conceptos de domicilio en los Estados miembros⁴⁵⁵. Si la parte demandada es un empresario persona física, hemos visto que la persona trabajadora cuenta con foros especiales que permitirían eludir el inconveniente de la determinación del domicilio. Entendemos que la mayor dificultad se produciría en los supuestos en que la parte demandada es la persona trabajadora, en cuanto esta únicamente puede ser demandada en el lugar su domicilio, pudiendo suceder que distintas legislaciones determinen su domicilio en más de un Estado miembro, o bien en un tercer Estado⁴⁵⁶.

Para finalizar, debemos hacer presente que la determinación del domicilio de la parte demandada debe realizarse en el momento de presentación de la demanda⁴⁵⁷, es decir, debe atenderse al domicilio actual del demandado. En aplicación del foro general de competencia, una vez se establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la determinación del tribunal

2. Cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro”.

⁴⁵⁵ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 42.

⁴⁵⁶ El análisis de la doctrina judicial española no arroja resultados en que se detecte esta problemática, pero interesa destacar la STS de 30 de diciembre de 2013 (Rec. 930/2013), en cuanto señala: “en el presente caso que nos ocupa, y según se desprende de los datos fácticos contenidos en la sentencia recurrida y que con anterioridad se detallaron, el trabajador demandante, español con domicilio en España y residencia habitual en Oslo (Noruega), donde desarrollaba de forma habitual y últimamente su relación laboral”. Aunque en este caso no se trataba de una circunstancia relevante, al ser el trabajador la parte demandante, teniendo en consideración que el artículo 40 del Código Civil español establece que el domicilio de las personas físicas “es el lugar de su residencia habitual”, la sentencia atribuyó al trabajador más de un domicilio.

⁴⁵⁷ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: “Foro del domicilio del demandado...”, ob. cit., p. 127.

competente en razón del territorio debe realizarse de acuerdo con las normas procesales del derecho interno de dicho Estado miembro⁴⁵⁸.

2.1.1.3. Los foros especiales.

2.1.1.3.1. Foros establecidos para la persona trabajadora demandante.

Pese a reconocer la importancia del principio del domicilio del demandado como fundamento de la competencia judicial, la legislación comunitaria ha tenido en consideración que, en ciertas circunstancias, es necesaria la protección de la parte más débil del contrato⁴⁵⁹. Por esta razón, el artículo 21 RBI-bis establece normas de competencia que se suponen más favorables a los intereses de la persona trabajadora, las cuales, en el caso de ser ésta la demandante, le brindan foros alternativos al foro general, que según veremos más adelante, es el domicilio de la parte demandada.

El artículo 21.1 RBI-bis⁴⁶⁰ regula los supuestos en que la parte demandante es la persona trabajadora y la empresa demandada tiene su domicilio en un Estado miembro. Según esta disposición, es posible demandar a la empresa, bien en el Estado miembro en que ésta tiene su domicilio, bien ante los tribunales de otro Estado miembro. Si se demanda a la empresa en un Estado miembro distinto al de su domicilio, las alternativas se articulan en un orden concreto, en virtud del cual serán competentes los tribunales (i) del lugar habitual de trabajo de la persona

⁴⁵⁸ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: "Foro del domicilio del demandado...", ob. cit., p. 128.

⁴⁵⁹ Considerando 18 Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales".

⁴⁶⁰ Artículo 21.1 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:

- a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o
- b) en otro Estado miembro:
 - i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o
 - ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador".

trabajadora o el último lugar en que lo haya desempeñado⁴⁶¹, o; (ii) del lugar en que se encuentra el establecimiento que contrató a la persona trabajadora, si el trabajo no se realiza actualmente o en el pasado no se realizó habitualmente en un único Estado.

Por su parte, el artículo 21.2 RBI-bis⁴⁶² determina la competencia judicial cuando la parte demandante es la persona trabajadora y el empresario demandado esté domiciliado en un tercer Estado. En este caso, la norma se remite a las reglas del artículo 21.1 letra b) RBI-bis, establecidas para los supuestos en que el trabajador o trabajadora no demanda al empresario en el lugar de su domicilio, a los que nos hemos referido en el párrafo anterior. De todos modos, hemos de reiterar que el lugar habitual de trabajo debe estar ubicado en un Estado miembro y, si no es posible determinar un lugar habitual, es necesario demandar a la empresa en el Estado miembro en que esté ubicado el establecimiento que contrató a la persona trabajadora.

Es posible advertir que el artículo 21.2 se erige como una excepción a la condición de aplicabilidad del RBI-bis, relativa a que sus reglas solo obligan a quienes estén domiciliados en un Estado miembro. La inclusión de esta disposición fue justificada en la detección de lagunas en el derecho interno de los Estados miembros que –al no establecer un foro en Europa para demandar a los empresarios domiciliados en terceros Estados– no protegían adecuadamente a la parte más débil del contrato⁴⁶³. De todos modos, su introducción no excluye la posibilidad de invocar las reglas de conflicto de derecho interno de los Estados miembros para determinar el tribunal competente cuando el empresario no tiene su domicilio en la Unión Europea, sino que, en este supuesto el RBI-bis establece un régimen de mínimos que puede ser ampliado por las normas de cada Estado miembro, a efectos de establecer foros

⁴⁶¹ Resulta interesante hacer alusión a la STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-804/19), apartados 39 a 49. En este caso, el TJUE determina que, de acuerdo con el artículo 21.1 letra b) inciso i), incluso cuando no se ha llegado a realizar ningún trabajo, es competente el órgano jurisdiccional del lugar en que el trabajador debía prestar servicios, según lo dispuesto en el contrato de trabajo.

⁴⁶² Artículo 21.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)”.

⁴⁶³ GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I...”, ob. cit.

alternativos al lugar habitual de trabajo y al lugar del establecimiento que contrató a la persona trabajadora⁴⁶⁴.

Finalmente, debemos señalar que las nuevas disposiciones no restan utilidad al artículo 20.2 RBI-bis⁴⁶⁵, el cual considera como domicilio del empresario al establecimiento que éste tenga en un Estado miembro, respecto de los litigios derivados de la explotación del mismo⁴⁶⁶. Y es que, en efecto, si tenemos en cuenta la eventual ejecución de la sentencia condenatoria, tal como ha sostenido la doctrina científica, podría resultar más práctico y eficiente demandar en el Estado miembro en que dicha sentencia pueda ejecutarse⁴⁶⁷, en el entendido que un embargo podría resultar más exitoso en el lugar en que el empresario está domiciliado.

2.1.1.3.2. Foro establecido para el empresario demandante.

A diferencia de lo que sucede con la persona trabajadora, si la parte demandante es el empresario, el RBI-bis no ofrece foros alternativos. El artículo 22 RBI-bis⁴⁶⁸, es claro al establecer que únicamente puede demandar ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el trabajador o trabajadora, de lo que se desprende que se trata de un foro exclusivo. En ese sentido, el empresario únicamente podría demandar en un lugar distinto del domicilio del demandado si formula una demanda reconvenional en el foro ante el cual haya sido demandado,

⁴⁶⁴ GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: "El nuevo reglamento Bruselas I...", ob. cit.

⁴⁶⁵ Artículo 20.2 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro".

⁴⁶⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: "Competencia judicial ...", ob. cit., p. 97.

⁴⁶⁷ GOMEZ JENE, M. "La competencia judicial internacional de los tribunales españoles", citado por CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: "Foro del domicilio del demandado...", ob. cit., p. 117.

⁴⁶⁸ Artículo 22 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: "1. Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio. 2. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección".

aunque, en estricto rigor, en este caso tampoco ha elegido el foro de la demanda reconvenional, porque aquel ha sido determinado por la persona trabajadora.

Esta obligatoriedad de demandar a la persona trabajadora ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio presenta dificultades en el supuesto que el trabajador o trabajadora demandada no tenga su domicilio en un Estado miembro, circunstancia que podría verificarse cuando la persona trabajadora haya sido expatriada a un destino extracomunitario. En tal caso es preciso remitirse al artículo 6 RBI-bis⁴⁶⁹, el cual dispone que la competencia judicial, en el supuesto de que la parte demandada no tenga su domicilio en la Unión Europea, se regirá por el derecho interno de cada Estado miembro. En consecuencia, si se produjera una remisión a las reglas de conflicto del derecho interno español, es necesario tener en consideración que éstas determinan la competencia de los tribunales españoles en prácticamente la totalidad de los supuestos que tengan un punto de conexión con España, como se verá más adelante.

En suma, si la persona trabajadora no está domiciliada en un Estado miembro, el RBI-bis se remite a las normas de conflicto de derecho interno del propio domicilio del empresario demandante. Lo anterior, a menos que las partes hayan suscrito un pacto de sumisión expresa válido atribuyendo la competencia a un tribunal de un Estado miembro, pacto cuya aplicación preferente se deriva del orden de prelación de atribución de competencia.

2.1.1.4. Reglas sobre litispendencia y conexidad.

En lo que respecta a su predecesor, el RBI-bis también innova modificando las reglas en materia de litispendencia, las cuales, hasta su entrada en vigor, establecían la competencia del primer órgano jurisdiccional que conociese del

⁴⁶⁹ Artículo 6 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “1. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25.

2. Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión los Estados miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a)”.

Cabe señalar que las excepciones a las que hace referencia el artículo 6.1 RBI-bis se refieren a las acciones entabladas por el consumidor contra la otra parte contratante, los foros especiales establecidos en favor de la persona trabajadora y los pactos de sumisión expresa”.

asunto. Según sostiene la doctrina científica, esta modificación pretendía evitar las denominadas «demandas torpedo», cuya finalidad era eminentemente dilatoria, toda vez que se interponían ante órganos jurisdiccionales cuya tramitación era lenta, evitando de ese modo que el procedimiento ante el tribunal competente pudiera continuarse hasta que no se produjese la declaración de incompetencia del primero⁴⁷⁰.

A partir de la introducción del RBI-bis, y sobre la base de que en el ámbito europeo ha de interpretarse en un sentido amplio la noción de sujetos procesales, objeto y causa de pedir⁴⁷¹, la nueva norma comunitaria otorga prioridad al pacto de sumisión expresa en caso de litispendencia, de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 31 RBI-bis⁴⁷². En términos generales, estas disposiciones establecen que cualquier órgano jurisdiccional que conozca de un asunto debe suspender el procedimiento mientras el tribunal designado por el pacto de sumisión expresa no dicte resolución en que se declare competente o decline la competencia⁴⁷³⁻⁴⁷⁴. No obstante, estas reglas admiten dos excepciones: la primera, tal como señala el artículo 31.2 RBI-bis, no debe haberse perfeccionado la sumisión tácita a otro tribunal; y la segunda, según lo previsto por el artículo 31.4 RBI-bis⁴⁷⁵,

⁴⁷⁰ CAPIEL, Luis: “Novedades en el Reglamento Bruselas I Refundido”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 40-2015, p. 142.

⁴⁷¹ CHOZAS ALONSO, José: *Derecho Procesal Civil Europeo*, citado por ROSENDE VILLAR, Cecilia: “Principales novedades del reglamento nº 1215/2012...”, ob. cit., quien indica que “respecto de los sujetos, las posiciones procesales pueden ser distintas (el demandado de un procedimiento puede ser el demandante de otro) y respecto de las identidades de objeto y causa podrían englobar la totalidad de la relación jurídica establecida entre las partes, con el fin de evitar resoluciones contradictorias”.

⁴⁷² Artículo 31.2 y 3 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo.
3. Cuando el órgano jurisdiccional designado en el acuerdo se declare competente en virtud de dicho acuerdo, los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros deberán abstenerse en favor de aquel”.

⁴⁷³ ROSENDE VILLAR, Cecilia: “Principales novedades del reglamento nº 1215/2012...”, ob. cit.

⁴⁷⁴ Para un análisis de las problemáticas que puede suscitar la existencia de distintos pactos de sumisión expresa nos remitimos a CAPIEL, Luis: “Novedades en el Reglamento Bruselas I Refundido”, ob. cit.

⁴⁷⁵ Artículo 31.4 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Los apartados 2 y 3 no se aplicarán a las materias que se regulan en las secciones 3, 4 o 5 si el demandante es el tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario de un contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, y el acuerdo no es válido con arreglo a alguna disposición de esas secciones”.

el procedimiento no se suspenderá en el caso que la parte demandante sea la persona trabajadora y el pacto de sumisión expresa no se considere válido.

En ausencia de pacto expreso de elección de foro, las normas del artículo 29 RBI-bis⁴⁷⁶ conservan la regla original del Reglamento de Bruselas I, en el sentido de que el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso la primera demanda tiene prioridad para declararse competente o declinar la competencia. En caso de declararse competente, aquel tribunal ante el cual se presentó la segunda demanda debe abstenerse de conocer el asunto.

Con respecto a las demandas conexas, esto es, aquellas vinculadas entre sí y que resulta conveniente tramitar y juzgar al mismo tiempo, el artículo 30 RBI-bis⁴⁷⁷ faculta para suspender el procedimiento al órgano jurisdiccional ante el cual se haya presentado la demanda posterior. Asimismo, el tribunal que conoció de la demanda posterior podrá declinar la competencia si se verifican dos requisitos: (i) si el tribunal que conoció del primer asunto es competente para conocer de la demanda conexas, y; (ii) si el derecho interno de ese tribunal permite acumular la demanda conexas.

Finalmente, en los casos en que la parte demandada tiene su domicilio en un Estado miembro, pero existe un procedimiento pendiente ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados que pueda ser considerado como un supuesto

⁴⁷⁶ Artículo 29 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31, apartado 2, cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

2. En los casos contemplados en el apartado 1, a instancia de un órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio informará sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.

3. Cuando el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda se abstendrá en favor de aquel”.

⁴⁷⁷ Artículo 30 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “1. Cuando demandas conexas estén pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento.

2. Cuando la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia, cualquier otro órgano jurisdiccional podrá de igual modo declinar su competencia, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda sea competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación.

3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

de litispendencia o demanda conexa, el artículo 34 RBI-bis⁴⁷⁸ establece que el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro, de oficio –si el derecho interno lo autoriza– o a petición de parte, puede determinar la suspensión, continuación o fin del procedimiento sometido a su conocimiento. De conformidad con esta disposición, el tribunal deberá adoptar su decisión atendiendo a consideraciones tales como la evitación de resoluciones contradictorias, susceptibilidad de reconocimiento y ejecución de la sentencia, la conclusión del proceso pendiente en el tercer Estado en un tiempo razonable, así como la buena administración de justicia.

2.1.1.5. Foro en supuestos de pluralidad de empresarios demandados.

En materia laboral no es extraño que puedan interponerse demandas frente a varios empresarios demandados. Tanto en el derecho interno español como en el derecho de la Unión Europea encontramos supuestos de responsabilidad solidaria en grupos de empresas patológicos, incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos, sucesión de empresas o la responsabilidad solidaria del contratista respecto de los incumplimientos de la empresa empleadora de los trabajadores desplazados, entre otros.

⁴⁷⁸ Artículo 34 del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “1. Cuando la competencia se base en el artículo 4 o en los artículos 7, 8 o 9 y, exista una acción pendiente ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado en el momento en que se interpone ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda conexa a la acción formulada ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento si:

es conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas, para evitar el riesgo de resoluciones contradictorias derivadas de procesos separados;

cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución susceptible de ser reconocida y, en caso pertinente, ejecutada en ese Estado miembro, y

el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.

2. El órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá continuar con el procedimiento en cualquier momento si:

a) considera que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias;

b) el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreesido;

c) estima poco probable que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado pueda concluirse en un tiempo razonable, o

d) la continuación del procedimiento se considera necesaria para la buena administración de justicia.

3. El órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá poner fin al proceso si el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado ha concluido y ha culminado en una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en ese Estado miembro.

4. El órgano jurisdiccional del Estado miembro aplicará el presente artículo a petición de una de las partes o, cuando el Derecho nacional lo prevea, de oficio”.

A diferencia del texto del Reglamento de Bruselas I –que fue interpretado por el TJUE en el sentido de que no permitía aplicar el foro del domicilio de los codemandados en materia de competencia judicial internacional laboral⁴⁷⁹– el nuevo artículo 20.1 RBI-bis, al referirse a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo cuando el empresario es la parte demandada, hace alusión expresa a la posibilidad de acudir al artículo 8.1 RBI-bis⁴⁸⁰, que establece el foro de la pluralidad de demandados. En virtud de esta última disposición, una persona domiciliada en un Estado miembro también puede ser demandada ante el órgano jurisdiccional del domicilio de otra parte codemandada, bajo el requisito de que las demandas tengan una vinculación tan estrecha que haga necesaria su tramitación conjunta para evitar resoluciones contradictorias. Esta nueva redacción ha llevado a la doctrina científica⁴⁸¹ y a la jurisprudencia española⁴⁸² a entender que, con la entrada en vigor del RBI-bis, el foro de la pluralidad de demandados es aplicable en el contexto de la determinación de la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo.

Si bien el TJUE no ha tenido la oportunidad de analizar esta disposición en materia de competencia judicial internacional laboral, en las ocasiones que ha interpretado

⁴⁷⁹ STJUE *Asunto Glaxosmithkline* de 22 de mayo de 2008 (C-462/06), apartados 32 y 33, en la cual se interpretó el Reglamento de Bruselas I en el sentido de que éste no permitía demandar a dos coempleadores en el domicilio de uno de ellos: “Respecto a la posibilidad, apuntada por los Gobiernos francés y alemán, de interpretar el artículo 6, número 1, del Reglamento [*foro en supuestos de pluralidad de demandados*] en el sentido de que sólo el trabajador tenga la facultad de invocar dicha disposición, procede señalar que tal interpretación sería opuesta tanto al texto de las disposiciones de la sección 5 del capítulo II de dicho Reglamento [*relativa a las reglas de competencia en materia de contratos individuales de trabajo*] como al del artículo 6, número 1, de éste [...] Por tanto, en relación con las disposiciones comunitarias actualmente vigentes, una interpretación como la propugnada por los Gobiernos francés y alemán sería difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del Reglamento y que exige en especial que las reglas de competencia se interpreten de manera que presenten un alto grado de previsibilidad”.

⁴⁸⁰ Artículo 8.1) del Reglamento (UE) N.º 1215/2012: “Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada:1) si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente”.

⁴⁸¹ PALAO MORENO, Guillermo: “La competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo en el Convenio de Lugano”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 439, p. 130.

⁴⁸² STS de 16 de enero de 2018, N.º 14/2018 (Rec. 3876/2015): “Aunque no lo plantean los recurrentes, interesa salir al paso de la posible objeción acerca del limitado radio que el litisconsorcio pasivo necesario en temas laborales (STJUE 22 mayo 2008, C-462/06, *Glaxosmithkline*) tiene en el Reglamento (cf. su artículo 6.1) que debemos aplicar y que ha sido salvado por la versión posterior del Reglamento 1215/2012 (art. 8.1 y 20.1)”.

el artículo 8.1 RBI-bis o el precepto equivalente del RBI, ha manifestado que la aplicación del foro de la pluralidad de partes demandadas debe estar orientada a su finalidad –esto es, evitar resoluciones contradictorias– y debe estar regida por la cautela, para evitar que se convierta en una herramienta que permita sustraer a la parte demandada de su jurisdicción⁴⁸³.

En sus sentencias más recientes, el TJUE ha proporcionado criterios interpretativos en relación con los requisitos de aplicación del precepto, los cuales resultan aplicables a eventuales supuestos en materia de contrato de trabajo. Al respecto, ha determinado que la identidad de bases jurídicas o fundamentos de derecho de las demandas es un factor a tener en cuenta para establecer los puntos de conexión entre las demandas, pero no una exigencia indispensable⁴⁸⁴. Pero, cuando las bases jurídicas no son idénticas, ha exigido que la aplicación del foro de la pluralidad de demandados haya sido previsible para las partes codemandadas⁴⁸⁵, o, en otras palabras, que aquellas hubieran podido prever el litisconsorcio pasivo. Con respecto al riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias –o resoluciones inconciliables, según la redacción de Reglamento anterior– en la resolución de un

⁴⁸³ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el Asunto Painer”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2012, Vol. 4, N.º 1, pp. 253-254.

⁴⁸⁴ STJUE *Asunto Painer*, 1 de diciembre de 2011 (C-145/10), apartado 80: “Pues bien, al apreciar si existe un punto de conexión entre las distintas demandas, es decir, si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado, la identidad de las bases jurídicas de las acciones ejercitadas constituye solamente un factor pertinente entre otros. Tal identidad no es un requisito indispensable para la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 (véase, en este sentido, la sentencia Freeport, antes citada, apartado 41)”.

Pese a que la sentencia interpreta el Reglamento de Bruselas, sus argumentos no han perdido vigencia, toda vez que el artículo 8.1) del Reglamento de Bruselas I bis reproduce en forma casi idéntica al antiguo artículo 6.1) de la norma anterior. Con el nuevo Reglamento, únicamente se modifica la expresión “resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente” por “resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente”.

⁴⁸⁵ STJUE *Asunto Painer*, 1 de diciembre de 2011 (C-145/10), apartado 81: “Así pues, la diferencia en los fundamentos jurídicos de las acciones ejercitadas contra varios demandados no impide, por sí misma, la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001, siempre que sea previsible para los demandados que éstos pueden ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tiene su domicilio (véase, en este sentido, la sentencia Freeport, antes citada, apartado 47)”.

En el mismo sentido, la STJUE *Asunto Cartel Damage Claims*, 21 de mayo de 2015 (C-352/13), apartado 13: “Sin embargo, es preciso recordar que, incluso en el supuesto de que fueran aplicables diferentes leyes a las acciones de indemnización ejercidas por CDC contra las demandadas en el litigio principal en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del tribunal que conozca del asunto, esa diferencia en los fundamentos jurídicos no impide, por sí misma, la aplicación del artículo 6, punto 1, del Reglamento nº 44/2001, siempre que fuera previsible para los demandados que podían ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tuviera su domicilio (véase la sentencia Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, apartado 84)”.

caso en que se interpusieron dos recursos con objeto y bases jurídicas distintas, sin vinculación de subsidiariedad o incompatibilidad entre ellos, entendió insuficiente que el resultado de uno de ellos pudiera influir en la resolución del otro⁴⁸⁶. Con lo señalado, es posible inferir que la aplicación del foro de la pluralidad de partes demandadas, una vez establecidos los puntos de conexión de las demandas en el caso concreto, exige determinar la previsibilidad para las partes codemandadas respecto a la utilización de este foro y el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias.

Teniendo en cuenta los requisitos señalados, los empresarios domiciliados o que cuenten con un establecimiento que pueda ser considerado domicilio en un Estado miembro, podrán ser demandados en el domicilio de otra parte codemandada. Pero ¿qué sucede con los empresarios domiciliados en terceros Estados? ¿Es posible invocar el artículo 8.1 RBI-bis para demandarles en el Estado miembro en que estén domiciliados otros codemandados?

Pese a que no existe jurisprudencia del TJUE, el Tribunal Supremo («TS») sí se ha pronunciado acerca del foro establecido por el artículo 8.1 RBI-bis en supuestos de despidos que han involucrado a grupos de empresas, entre las cuales alguna de las demandadas tenía domicilio en un tercer Estado. Al respecto, el TS sostuvo que no era suficiente que algunas de las partes codemandadas estuvieran domiciliadas en España para que, en aplicación del RBI-bis, se declarase la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, sino que resultaba necesaria la concurrencia de los vínculos con España que se desprenden de los artículos 20 y 21 RBI-bis⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ STJUE *Asunto Profit Investment*, 20 de abril de 2016 (C-366/13), apartado 67: "...el artículo 6, punto 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de dos recursos interpuestos contra varios demandados, con objeto y fundamento distintos, no vinculados entre sí por una relación de subsidiariedad o de incompatibilidad, para que exista riesgo de resoluciones inconciliables en el sentido de dicha disposición no basta con que la eventual estimación de cualquiera de ellos pueda potencialmente reflejarse en la magnitud del derecho cuya protección se solicita en el caso del otro".

⁴⁸⁷ STS de 14 de septiembre de 2021, N.º 885/2021 (Rec. 3117/2018), FD 5.3: "El Reglamento 1215/2012 protege a la parte débil del contrato, estableciendo normas tuitivas de los trabajadores. Pero dichas normas exigen la concurrencia de los vínculos de los arts. 20 y 21.

La competencia judicial internacional pertenece al orden público procesal. En primer lugar, es preciso determinar quién tiene la condición de empresario a efectos de la aplicación del Reglamento 1215/2012 y si tiene domicilio social en España".

A partir de este razonamiento, entendemos que la jurisprudencia española exige que el litigio de que se trate derive de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento ubicado en España, circunstancia por la cual se considerará al empresario como domiciliado en dicho Estado miembro. En defecto de sucursal, agencia o establecimiento en España, tanto si la delegación estuviera ubicada en otro Estado miembro –caso en el que se entendería que la empresa está domiciliada en un Estado miembro– como si la empresa tiene su domicilio en un tercer Estado, debería verificarse alguna de las conexiones siguientes: (i) que la persona trabajadora haya desempeñado habitualmente su trabajo en España o que el último lugar de trabajo haya estado ubicado en España, o (ii) si no existe un único lugar de trabajo habitual, que el establecimiento que haya empleado a la persona trabajadora se encuentre en España.

En todo caso, el TS va más allá y sostiene que para determinar la aplicación del RBI-bis resulta necesario establecer la identidad del verdadero empresario⁴⁸⁸, requisito que podría entenderse incardinado en la exigencia de previsibilidad del litisconsorcio pasivo. En un caso de despido, en que la persona trabajadora estaba domiciliada en el extranjero y había suscrito en Palma de Mallorca la aceptación de la oferta de una empresa domiciliada en Singapur, para prestar servicios en dicho país, el TS consideró que el verdadero empresario estaba domiciliado en un tercer Estado –Singapur– y que no existían puntos de conexión, al no haberse acreditado que el empresario tuviera una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro. Con tales argumentos, y pese a que algunas de las empresas codemandadas del grupo tenían domicilio en España, el TS estimó que el RBI-bis no era aplicable⁴⁸⁹, pues, aunque no se señale en la sentencia, la aplicación del

⁴⁸⁸ STS de 14 de septiembre de 2021, N.º 885/2021 (Rec. 3117/2018), FD 5.3.

⁴⁸⁹ STS de 14 de septiembre de 2021, N.º 885/2021 (Rec. 3117/2018), F.D. 7.2: “En el momento de la extinción de su relación laboral el empresario era Pacific World Singapore PTE LTD. El hecho de que esa sociedad estuviera integrada en un grupo de empresas no determina la competencia judicial internacional de los tribunales españoles porque el dato esencial radica en precisar quién era el empresario del actor y se ha acreditado que en el momento del despido dicha condición la ostentaba la mercantil Pacific World Singapore PTE LTD y no el grupo de empresas, ni las empresas codemandadas que están domiciliadas en España. No se ha probado la concurrencia de ninguno de los criterios de aplicación del Reglamento 1215/2012”. Debemos hacer presente que, tras descartarse la aplicación del Reglamento de Bruselas I bis, en este caso se determinó la competencia de los tribunales españoles en virtud del artículo 25 LOPJ, toda vez que se interpretó que el contrato había sido suscrito en España.

foro del establecimiento que haya empleado a la persona trabajadora solo es posible cuando el trabajo habitual no se haya desempeñado en un único Estado. En este caso la persona trabajadora había prestado servicios solamente en Singapur.

Sin embargo, en una sentencia más reciente, el TS consideró que el RBI-bis sí era aplicable en un segundo supuesto de despido, en el cual la persona trabajadora había suscrito dos contratos de trabajo, el primero con una empresa domiciliada en España y uno posterior con una empresa estadounidense sin delegación en un Estado miembro, con una única prestación laboral en Estados Unidos. Arribó a esta conclusión al entender que ambas empresas eran las empleadoras, al interpretar que la empresa domiciliada en España había contratado a la persona trabajadora para desplazarle temporalmente y en forma inmediata a la suscripción del contrato a un tercer Estado, con la finalidad de prestar servicios para la empresa del grupo domiciliada en Estados Unidos⁴⁹⁰. Aunque no se explicita en la sentencia, el TS en este caso admite el foro de la pluralidad de partes demandadas pese a que una de ellas está domiciliada en un tercer Estado, precisamente por considerarle verdadera empleadora.

En principio, la literalidad del artículo 8.1 RBI-bis impediría demandar a una empresa domiciliada en un tercer Estado, en cuanto establece de forma expresa que el foro de la pluralidad de partes demandadas se aplica a las personas domiciliadas en un Estado miembro. En estricto rigor, al referirse a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, el artículo 20.1 RBI-bis establece que *“la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de*

⁴⁹⁰ STS de 27 de abril de 2022, N.º 389/2022 (Rec. 1484/2020), F.D. 7.4: “Una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar a la Seguridad Social española, si el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Sería un alta fraudulenta en la Seguridad Social.

El citado contrato con Instalaciones Inabensa SA solo puede desplegar efectos si se pone en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con otra empresa del mismo grupo (Abengoa T&I) domiciliada en los Estados Unidos, para la que sí que prestó servicios laborales el actor y que le abonó su salario.

Ello supone que una empresa del grupo le contrató, cotizando a la Seguridad Social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los Estados Unidos, donde el actor efectuó la prestación de servicios laborales y percibió su salario. Dicho desplazamiento está previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos.

La consecuencia de ello es que, a efectos de determinar la competencia judicial internacional aplicando el Reglamento 1215/2012, la condición de empleador del demandante en el momento del despido recae tanto en Inabensa SA como en Abengoa T&I y, al tener la primera de esas sociedades su domicilio en España, debemos declarar la competencia internacional de los tribunales españoles”.

lo dispuesto [...] en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1”, redacción que podría dar a entender que el artículo 8.1 RBI-bis sería una excepción a la regla de competencia que admite demandar a un empresario no domiciliado en un Estado miembro.

No obstante, tal y como se ha señalado, a partir de la entrada en vigor del RBI-bis en España se ha entendido que la mención del artículo 8.1 RBI-bis en el artículo 20.1 RBI-bis da entrada al foro de la pluralidad de partes demandadas en materia laboral. En consecuencia, no solo sería una contradicción, sino que sería contrario a la finalidad tuitiva de las reglas de competencia en esta materia, que el artículo 21.2 RBI-bis permitiera demandar en tribunales de la Unión Europea a un empresario domiciliado en un tercer Estado y que, sin embargo, impidiera que éste pueda ser demandado cuando forme parte de un litisconsorcio pasivo.

Por esa razón, entendemos que la jurisprudencia española ha proporcionado una interpretación más acorde con la voluntad del legislador comunitario: entender la norma en el sentido de que el empresario domiciliado en un tercer Estado puede ser demandado junto a otras partes demandadas, en el Estado miembro en que concurren las conexiones que establece el artículo 21 RBI-bis, esto es, en el Estado en el cual la persona trabajadora haya desempeñado habitualmente su trabajo, el último lugar en que lo haya desempeñado o, en caso de que el trabajo habitual no se haya realizado en un único Estado, en el Estado del establecimiento en que haya sido empleado.

A *contrario sensu*, no podría demandarse en el Estado miembro de domicilio de una codemandada, a la empresa domiciliada en un tercer Estado, cuando los servicios nunca se hayan prestado en un Estado miembro y no concurren las conexiones del artículo 21 RBI-bis. Lo anterior, a menos que se determine que la empresa domiciliada en el extranjero y empleadora formal tiene un carácter instrumental y que, por ende, la verdadera empleadora es la empresa domiciliada en un Estado miembro. Este último es el supuesto de dos trabajadores que prestaron servicios en Argelia, contratados formalmente por una empresa domiciliada en Argelia sin delegación en España, pero vinculada a dos empresas

domiciliadas en España través de sus respectivos socios, que eran cónyuges⁴⁹¹. Aunque en este caso se determinó la competencia judicial de los tribunales españoles en aplicación del Reglamento anterior, resulta interesante comprobar que el TS sostuvo que el debate no se centraba en que la empresa argelina careciera de sucursal en España o estuviera domiciliada en un tercer Estado, sino en el hecho que aquella tenía carácter instrumental, puesto que era la empresa española la que había facilitado los pasajes y remuneraba a los trabajadores⁴⁹².

En razón de lo expuesto, entendemos que al menos en España y salvo futuro pronunciamiento del TJUE en sentido contrario, el foro de la pluralidad de partes codemandadas resulta aplicable a empresarios domiciliados en terceros Estados, cuando concurren los siguientes requisitos cumulativos: (i) que al menos el lugar de trabajo habitual, el último lugar de trabajo, o bien en el lugar del establecimiento que haya empleado esté ubicado en un Estado miembro; (ii) que se determine que existen puntos de conexión entre las demandas contra las diversas partes codemandadas; (iii) que el litisconsorcio pasivo sea previsible para las partes codemandadas, y (iv) que exista riesgo de resoluciones contradictorias.

2.1.2. El Convenio de Lugano II de 2007.

Celebrado entre la Unión Europea, Noruega, Suiza e Islandia⁴⁹³, el diseño del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, suscrito por la Unión Europea, Dinamarca, Noruega y Suiza, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (en

⁴⁹¹ STS de 16 de enero de 2018, N.º 14/2018 (Rec. 3876/2015).

⁴⁹² STS de 16 de enero de 2018, N.º 14/2018 (Rec. 3876/2015): "Porque no es que la empresa argelina carezca de sucursal en España, o que su domicilio esté en un país no miembro (Argelia) sino que la empresa Consgrana ETB tiene un carácter meramente instrumental de la española Promociones y Construcciones Concepción Lindes S.L.[...] En nuestro caso, habida cuenta del lugar en que han sido contratados, de su nacionalidad, del domicilio social de la primera empresa contratante y del carácter instrumental de la empleadora formal (la que, al cabo, despide) es claro que el Reglamento permite que la demanda se presente ante los Tribunales españoles [...]"

En el asunto ahora examinado, tal y como resulta de los datos fácticos contenidos en la sentencia recurrida y que con anterioridad se consignaron, los demandantes, de nacionalidad española, son comprometidos verbalmente por empresa española para prestar sus servicios en Argelia. Esa misma empresa es la que les facilita los pasajes y les remunera; solo de manera sobrevenida se formaliza un contrato de trabajo con empresa argelina, pero que mantiene estrechos vínculos con la inicial".

⁴⁹³ El Convenio entró en vigor entre la Unión Europea y Noruega el 1 de enero de 2010, entre la Unión Europea y Suiza el día 1 de enero de 2011 y entre la Unión Europea e Islandia el 1 de mayo de 2011.

adelante, «Convenio de Lugano II de 2007») pretendía replicar las disposiciones del Reglamento Bruselas I –vigente en aquella época- a efectos de ser aplicadas en las relaciones entre los Estados miembros y la Asociación Europea de Libre Comercio («AELC»)⁴⁹⁴. En aplicación de su ámbito personal, el Convenio de Lugano II contiene las reglas de conflicto que han de utilizarse para demandar a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en Noruega, Suecia e Islandia, de manera que, no procede la aplicación del RBI-bis ni la consideración de estos países como terceros Estados, según la nomenclatura del RBI-bis⁴⁹⁵.

En cuanto el Convenio de Lugano original, reemplazado por este Convenio, ya tenía el carácter de «convenio paralelo» en relación a su homólogo Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano II continuó tal tradición, esta vez con respecto al Reglamento de Bruselas I: dicho convenio establece normas para la determinación de la competencia judicial, reglas de coordinación en supuestos de conflictos de competencia, requisitos para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y un procedimiento para la ejecución de dichas resoluciones⁴⁹⁶. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, en cuanto forma parte del derecho comunitario, el TJUE es competente para interpretar este convenio respecto de su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, junto con los tribunales noruegos, suizos e islandeses⁴⁹⁷.

Es importante destacar que, pese a la pérdida de vigencia del Reglamento Bruselas I, el artículo 73.1 RBI-bis establece que sus disposiciones no afectarán a la aplicación del Convenio de Lugano II de 2007. En todo caso, debemos hacer presente dos aspectos en que el convenio de Lugano II ha quedado desfasado en relación con las modificaciones que ha supuesto la entrada en vigor del RBI-bis en

⁴⁹⁴ PALAO MORENO, Guillermo: “La competencia judicial internacional en materia de contratos...”, ob. cit., p. 118.

⁴⁹⁵ PALAO MORENO, Guillermo: “La competencia judicial internacional en materia de contratos...”, ob. cit., pp. 123-124.

⁴⁹⁶ POCAR, Fausto: “Informe explicativo: Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. Diario Oficial de la Unión Europea. 23 de diciembre de 2009, p. 4.

⁴⁹⁷ POCAR, Fausto: “Informe explicativo: Convenio relativo a la competencia judicial...”, ob. cit., p. 54.

materia de competencia judicial laboral: en primer lugar, el Convenio de Lugano II no establece foros para demandar a empresarios con domicilio en terceros Estados y, en segundo lugar, este Convenio no permitiría acudir al foro basado en la pluralidad de demandados, puesto que, a diferencia del RBI-bis, la sección dedicada a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo no efectúa una remisión expresa a la norma en que se establece dicho foro⁴⁹⁸. Este desfase supone que, en lo que respecta al ámbito de aplicación del Convenio de Lugano II, persistan los inconvenientes que condujeron a la modificación de las respectivas normas del RBI-bis.

Salvo los aspectos abordados en el párrafo anterior, las explicaciones referidas al RBI-bis en los epígrafes anteriores valen también para el Convenio de Lugano II de 2007, toda vez que el sistema de foros establecido por este Convenio en materia de competencia judicial laboral es esencialmente coincidente con el RBI-bis.

2.1.3. El foro establecido por la Directiva 96/71/CE y su transposición a la Ley 45/1999.

Al listado de normas comunitarias que regulan la competencia judicial internacional⁴⁹⁹ ha de añadirse la regla establecida por el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que establece la competencia de los tribunales del Estado al que la persona trabajadora haya sido desplazada, a efectos de salvaguardar el conjunto de condiciones laborales reconocidas por aquella Directiva⁵⁰⁰. En su transposición, el artículo 16.1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios

⁴⁹⁸ PALAO MORENO, Guillermo: “La competencia judicial internacional en materia de contratos...”, ob. cit., pp. 123-130.

⁴⁹⁹ Por cuestiones metodológicas y por tratarse de derecho europeo, esta regla de competencia se trata entre las normas comunitarias, pero, en cuanto requiere transposición al derecho interno de cada Estado miembro, una correcta articulación exigiría incorporar a la norma de transposición entre las reglas de conflicto de derecho interno.

⁵⁰⁰ Artículo 6 Directiva 96/71/CE: “A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial”.

transnacional⁵⁰¹, establece la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer los litigios que se susciten en aplicación de dicha ley, cuando el trabajador esté o haya estado desplazado en España.

Como es posible advertir, la atribución competencial a los órganos jurisdiccionales del Estado al cual la persona trabajadora ha sido desplazada no es absoluta en cuanto a las materias que estos tribunales pueden conocer. A modo de ejemplo, por tratarse de un supuesto excluido de la Directiva, no podría invocarse este foro competencial para reclamar salarios en caso de desplazamientos para realización de trabajos de montaje con duración inferior a ocho días, de manera que sería necesario remitirse a las reglas de competencia establecidas por el RBI-bis.

Debemos hacer presente que las diferencias entre la redacción de la Directiva y su norma de transposición en lo que se refiere a la competencia judicial podrían suscitar dudas respecto a su ámbito material de aplicación. En efecto, mientras el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE prescribe que las acciones judiciales en el Estado al que la persona trabajadora ha sido desplazada se pueden entablar *“a fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de empleo garantizadas en el artículo 3”*, la Ley 45/1999 establece la competencia de los tribunales españoles para todos los litigios que involucren a personas trabajadoras desplazadas a España y para todo el contenido material de esta norma de transposición⁵⁰².

De tal manera, cabe preguntarse: ¿la Directiva 96/71/CE establece la competencia del Estado de acogida, solo respecto de las condiciones laborales más favorables garantizadas por el artículo 3? ¿o debe entenderse que dicha competencia se refiere a todos los conflictos derivados de la aplicación de la norma? Por ejemplo,

⁵⁰¹ Artículo 16 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: “1. Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior [*cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de esta ley*] cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el artículo 21 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988”.

⁵⁰² GÁRATE CASTRO, Javier: “La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE”, en GÁRATE CASTRO, Javier (Coord.): Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE). Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 84.

¿serían competentes los órganos jurisdiccionales del Estado de desplazamiento para conocer de un litigio derivado del ejercicio del derecho de huelga en el contexto del desplazamiento y cuya no afectación está garantizada por el artículo 1 bis de la Directiva 96/71/CE⁵⁰³? Si entendemos que este tipo de litigios no está comprendido en el ámbito de aplicación del foro establecido por el artículo 6 de la Directiva, por no tratarse de una condición laboral garantizada en el artículo 3, sería necesario acudir a las reglas de competencia establecidas por el RBI-bis. Por el contrario, en aplicación de la norma española de transposición sí podría acudir al foro del Estado de desplazamiento. De hecho, en el caso de la norma española de transposición el supuesto planteado no solo está comprendido en su ámbito material por tratarse de un litigio derivado de la aplicación de la Ley 45/1999, sino porque esta norma establece expresamente a la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión como condiciones laborales garantizadas a los desplazados a España.

En nuestra opinión, la transposición que realiza la norma española es acertada y acorde con el verdadero sentido del artículo 6 de la Directiva 96/71/CE. Como veremos más adelante, todo el texto de la Directiva 96/71/CE orbita en torno a las condiciones de trabajo garantizadas en su artículo 3, pero esta disposición no puede interpretarse aisladamente sin acudir a sus otros preceptos. Asimismo, el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE no establece expresamente que no podrán ejercitarse acciones referidas a otros preceptos de la misma, preceptos que, en cualquier caso, siempre tendrían como fin último salvaguardar la garantía a determinadas condiciones laborales.

Otro aspecto que genera dudas se refiere a la legitimación para invocar este foro. Mientras algunos autores señalan que la única parte beneficiaria sería la persona

⁵⁰³ Artículo 1 bis de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: "La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales".

trabajadora, en concordancia con la función tuitiva de la norma⁵⁰⁴, otros sostienen que podría ser invocado también por el empresario, pues la extensión a su favor no desvirtuaría dicha función de protección a la persona trabajadora⁵⁰⁵. Aunque ni la norma comunitaria ni la española realizan distinción alguna, nos inclinamos por la primera interpretación, pues entendemos que el litigio en un lugar que no es su domicilio sí supondría perjuicios para el trabajador, como, por ejemplo, eventuales dificultades idiomáticas con su defensa letrada o la necesidad de traducir contratos y acuerdos suscritos en el lugar de trabajo habitual, entre otros.

Para finalizar, y en lo que se refiere a la interacción del foro establecido por la Directiva 96/71/CE, con el RBI-bis, la doctrina científica precisa que el primero es un foro alternativo, que no se superpone a las soluciones propuestas por el Reglamento comunitario, sino que se añade a ellas⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷. De tal modo, la persona trabajadora desplazada puede optar por demandar bien ante el órgano jurisdiccional del Estado de acogida, bien ante los tribunales competentes según las reglas establecidas por el RBI-bis.

2.2. Los convenios internacionales.

En lo que se refiere a determinación de competencia judicial internacional, únicamente perviven el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio entre España y El Salvador. Como ya se advirtió previamente, el primero rige para los territorios de Estados miembros en que no es aplicable el derecho comunitario⁵⁰⁸ y, de

⁵⁰⁴ JUÁREZ PEREZ, Pilar: “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”. *Relaciones Laborales*. 1999 [edición electrónica].

⁵⁰⁵ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 115.

⁵⁰⁶ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 115.

⁵⁰⁷ La misma opinión parece tener el Abogado General del TJUE, quien en las Conclusiones presentadas con fecha 6 de mayo de 2021, en Asunto C-428/19, apartado 41, señala: “De hecho, el artículo 6 de la Directiva sobre trabajadores desplazados es la única disposición que aborda la competencia jurisdiccional. No obstante, esta disposición se limita a añadir una vía de competencia adicional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida”.

⁵⁰⁸ Suscribiendo lo señalado por LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp. 38-39, el Convenio de Bruselas sería aplicable a (i) los territorios franceses de Nueva Caledonia y dependencias, Polinesia Francesa, Tierras Australes y Antárticas Francesas, Islas Wallis y Fortuna, Mayotte, Saint Pierre et Moquelon; (ii) Aruba y las Antillas Neerlandesas (Bonaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín, Anguila, y (iii) Groenlandia.

acuerdo con su artículo 5.1, en materia de contrato individual de trabajo establece la competencia de los tribunales del lugar en que la persona trabajadora desempeñe habitualmente su trabajo y, subsidiariamente el tribunal del lugar en que se encontrare el establecimiento que la hubiere contratado⁵⁰⁹.

El único convenio bilateral que continúa vigente es el celebrado entre España y El Salvador, puesto que, con el ingreso de Rumanía a la Unión Europea, el convenio bilateral existente entre ambos países perdió vigencia⁵¹⁰. Se ha señalado que, en materia laboral, el Convenio con El Salvador reproduce la configuración de foros de competencia que realizaba el Reglamento Bruselas I⁵¹¹, estableciéndose como foro general el del domicilio del demandado. En atención a su reducido ámbito de aplicación, únicamente señalaremos que, al igual que el Convenio de Bruselas, el artículo 4.1 de dicho Convenio dispone como foro especial en materia de contrato individual de trabajo, el lugar en que la persona trabajadora desempeñase habitualmente su trabajo o bien, en el lugar en que se encuentre el establecimiento en que la persona trabajadora fue contratada⁵¹².

⁵⁰⁹ Artículo 5.1 Convenio de Bruselas de 1968: “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador”.

⁵¹⁰ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 60.

⁵¹¹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 116.

⁵¹² Artículo 4. 1 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000: “No obstante lo dispuesto en el artículo 2, las personas domiciliadas en una de las Partes, podrán ser demandadas ante los tribunales de la otra Parte.

1. En materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda. En materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo, pudiendo demandarse también al empresario, ante el tribunal del lugar en que radicase el establecimiento en que fue contratado”.

2.3. Las normas de derecho interno. El artículo 25.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En materia de contrato individual de trabajo, la norma de derecho interno que regula la competencia judicial internacional es el artículo 25.1º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, «LOPJ»).

Al haber sido desplazada por las normas comunitarias referidas a esta materia y los convenios internacionales, la aplicación de esta disposición es «residual». Si bien un sector de la doctrina entiende que la aplicación del artículo 25 LOPJ quedaría excluido cuando la persona trabajadora es la parte demandante, en atención a que la literalidad del artículo 6.1 RBI-bis –referido a las normas que rigen la competencia judicial si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro– remite al artículo 21.2 RBI-bis –que establece los supuestos en que es posible demandar a un empresario no domiciliado en un Estado miembro– y no al derecho interno⁵¹³, no suscribimos esta interpretación. Por el contrario, apoyamos la tesis que sostiene que el RBI-bis establece un régimen de mínimos, en virtud del cual la aplicación del artículo 21.2 RBI-bis no impide acudir al derecho interno⁵¹⁴.

En nuestra opinión, en cuanto el artículo 6.1 RBI-bis remite a la legislación interna del Estado miembro los supuestos en que la parte demandada no está domiciliada en un Estado miembro, debe entenderse aplicable el artículo 25.1º LOPJ a los casos en que se demande, bien a la persona trabajadora que no tiene su domicilio en un Estado miembro, bien al empresario domiciliado en un tercer Estado, cuando no se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 21.2 RBI-bis. En efecto, la amplitud de los puntos de conexión del artículo 25.1º LOPJ resulta útil para la solución de los casos en que el RBI-bis no es aplicable, esto es, cuando el lugar de trabajo habitual, el último lugar en que se haya prestado servicios o el establecimiento que haya empleado a la persona trabajadora –si no es posible establecer un lugar de trabajo habitual– no esté ubicado en un Estado miembro. Como es posible advertir, en estos supuestos no cabe demandar al empresario con

⁵¹³ VILLA FOMBUENA, María: “Jurisdicción y ley aplicable...”, ob. cit., p. 59.

⁵¹⁴ GARCIMARTIN ALFÉREZ, Francisco y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I...”, ob. cit.

domicilio en un tercer Estado, puesto que los servicios no se han prestado en un Estado miembro.

En todo caso, debemos señalar que esta norma de derecho interno establece una equiparación procesal de las partes absolutamente contraria a la finalidad tuitiva del RBI-bis y de los convenios internacionales. En ese sentido, tal como se ha señalado por la doctrina, todos los foros funcionan en igual medida para el empresario y la persona trabajadora⁵¹⁵.

Concretamente, el artículo 25.1º LOPJ⁵¹⁶ establece la competencia de los Juzgados y tribunales españoles si se verifica alguna de las siguientes circunstancias: (i) que los servicios se hayan prestado en algún momento en España, señalándose por la doctrina científica que es razonable exigir que dicha prestación sea habitual⁵¹⁷ o que el litigio se refiera a los servicios prestados en territorio español⁵¹⁸; (ii) que el contrato se haya celebrado en España⁵¹⁹; (iii) que la parte demandada tenga su domicilio en España; (iv) que la parte demandada tenga algún establecimiento en España; (v) que la persona trabajadora y empresario tengan nacionalidad española,

⁵¹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial...”, ob. cit., p. 101.

⁵¹⁶ Artículo 25.1º Ley Orgánica 6/1985: “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español”.

⁵¹⁷ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 69, citando STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001, N.º 9665/2001 (Rec. 4063/2001), en virtud de la cual se declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en la demanda de reclamación de cantidad de unos ciclistas de nacionalidad suiza y domiciliados en Suiza, que habían suscrito contrato de trabajo en Andorra con una sociedad domiciliada en Andorra y que ocasionalmente participaron en las pruebas del circuito internacional que se realizaban en España.

⁵¹⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial...”, ob. cit., p. 101.

⁵¹⁹ Al respecto, STS de 22 de marzo de 2022, N.º 244/2022 (Rec. 4344/2019), que sostiene: “la sentencia de esta Sala IV que reseñamos en último lugar afirma la entrada en juego, en un supuesto conexo de grupo de empresas, del art. 25 de la LOPJ, atendido que el último empresario de la parte actora no tenía su domicilio en España, pero sí se había suscrito el contrato en territorio español.

Por ello y dadas las afirmaciones recogidas en la recurrida acerca de la suscripción y firma en España de los documentos contractuales relativos a la prestación de servicios por el actor, de su condición de expatriado, del abono de complementos, e igualmente del pase a formar parte de Abengoa Bioenergy Outsourcing (ABO) radicada en USA, también firmado en Sevilla, no cabe sino alcanzar análoga solución competencial en función de este punto de conexión expresamente regulado en aquella norma, y que determina en concreto la declaración de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del presente pleito sobre despido”.

y; (vi) que la oferta del contrato de embarque fuera recibida en España por persona trabajadora española⁵²⁰.

Ante la amplitud de supuestos establecidos por la disposición, se ha señalado que ésta únicamente sería inaplicable en los casos que la persona trabajadora extranjera contratada inicialmente fuera de España perdiese vinculación real con la empresa española, mediando una nueva contratación en el país de destino⁵²¹. A este respecto, debemos coincidir con quien sostiene que el foro del lugar de prestación de servicios no resultaría aplicable al menos respecto de los empresarios demandados, al haber sido desplazado por el artículo 21 RBI-bis⁵²², el cual establece que los empresarios, estén o no domiciliados en un Estado miembro, podrán ser demandados en el lugar en que la persona trabajadora haya

⁵²⁰ Véase la STSJ del País Vasco de 12 de abril de 2022, N.º 722/2022 (Rec. 369/2022), que resuelve el caso de un trabajador contratado a través de una empresa española que actuó como representante de una empresa domiciliada en Belice, para prestar servicios en un buque con puerto de base en Belice: “En relación al contrato de embarque, el anterior precepto contiene una verdadera medida tuitiva que protege al trabajador español como la parte más débil en este tipo de contratos, siendo así que los tribunales españoles son los competentes con independencia del lugar de celebración del contrato, de la prestación del servicio, del domicilio del empresario o del lugar donde tenga su sucursal o representación, y en concreto siendo competentes cuando concurra una triple circunstancia: que el trabajador sea español, que reciba en España la oferta de empleo y que ésta sea completa, en el sentido de que debe contener una declaración clara de los términos elementales o más importantes del contrato, que permitan al destinatario un conocimiento cabal de las condiciones ofrecidas de acuerdo con el artículo 1262 del Código civil (LEG 1889, 27) .

Obra en las actuaciones, según el contrato de trabajo (folio 152), que éste fue firmado en Bilbao. Por si fuera poco, el actor es ciudadano español con DNI 000, las empresas demandadas CONSULMAR SA y INPESCA SA son españolas, su domicilio está en Bizkaia, en Erandio (hecho probado primero) y Bermeo (folio 228) respectivamente, y si bien INPESCA FISHING (BELIZE) LIMITED está domiciliada en Belice, actúa a través de un representante en España. Por lo tanto, acudiendo tanto a las reglas generales como a la del foro especial, concluimos que es clara la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda por despido del trabajador actor”.

⁵²¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 182.

En ese sentido, STSJ de Madrid de 13 de enero de 2022, N.º 15/2022 (Rec. 652/2021), que declara la incompetencia de los tribunales españoles: “Con independencia de la participación de inicialmente pudo tener la empresa Corsan - Corviam Construcción S.A. con domicilio en España en unos previos contactos con el actor antes de su efectiva contratación, lo cierto es que el contrato de trabajo cuya finalización es impugnada en la demanda se celebró con CORSAN CORVIAM CONSTRUCCION S.A., SUCURSAL EN ARMENIA, que tiene su domicilio social en Yevevan, figurando inscrita en el Registro Mercantil de Armenia y con su propio Código de Identificación Fiscal, que dicho contrato aparece suscrito en una localidad de ese país (Yerevan), así como sus modificaciones, que la prestación de los servicios por parte del recurrente como Ingeniero Civil - Director de Calidad siempre se prestó en una zona de la República de Armenia, que dicha sociedad era quien figura como emisora de sus nóminas y quien figuraba como pagador de las mismas en las órdenes de pago, a quien dirigía las solicitudes de permiso [...] Siendo el real empleador CORSAN CORVIAM CONSTRUCCION S.A., SUCURSAL EN ARMENIA, no figura que el mismo posea sucursal, agencia o establecimiento en España, país en el que nunca, bajo el contrato extinguido, ha prestado servicios laborales D. Jacobo”.

⁵²² VILLA FOMBUENA, Marfa: “Jurisdicción y ley aplicable...”, ob. cit., p. 59.

desempeñado habitualmente su trabajo, o en el último lugar que lo haya desempeñado.

En el caso de que la parte demandada fuera la persona trabajadora, teniendo en consideración que el artículo 25.1º LOPJ prescinde de la función tuitiva de la parte más débil, el foro de prestación de servicios en España podría ser aplicable si su actual domicilio estuviera ubicado fuera del ámbito territorial de aplicación del sistema de normas de competencia judicial internacional. Por ejemplo, una persona trabajadora con domicilio en Andorra o Marruecos cuyo lugar de prestación habitual de servicios esté ubicado en España. Ciertamente es una interpretación peligrosa y, aunque hemos de mencionarla en cuanto teóricamente es posible, entendemos que en este caso debería prevalecer el principio competencial fundamental del domicilio del demandando.

Para finalizar, debemos señalar que, en cuanto el artículo 25.1º LOPJ no alude a la posibilidad de establecer un foro voluntario en materia de contrato de trabajo, estos foros alternativos son inderogables por la voluntad de las partes⁵²³. De tal manera, debiendo determinarse la competencia judicial internacional a través de esta norma, no resulta posible invocar pactos de sumisión expresa o alegar la sumisión tácita.

2.4. Comentarios al sistema de determinación de competencia judicial vigente en España.

Del hecho de que cada Estado tenga sus propias normas de derecho internacional privado se colige que un estudio global de la competencia judicial internacional, más allá de las fronteras de la Unión Europea, resulta virtualmente imposible. No obstante, desde la posición de la persona trabajadora, las normas en materia de derecho internacional privado vigentes en la Unión Europea ofrecen la mayor cantidad de alternativas posibles para que los órganos jurisdiccionales de sus Estados miembros puedan declararse competentes y sometan el conflicto a su conocimiento.

⁵²³ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 70. En el mismo sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 180 y MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 106-107.

Pese a que este abanico de alternativas tiene su fundamento en el carácter tuitivo, en materia de contrato individual de trabajo, de las normas de competencia judicial internacional supranacionales, en ciertos supuestos, el juego de las distintas reglas produce el debilitamiento de esa finalidad protectora: a modo de ejemplo, el TJUE ha admitido que la designación de un órgano jurisdiccional mediante la sumisión tácita pueda contravenir las disposiciones del RBI-bis⁵²⁴. Asimismo, el RBI-bis no prohíbe expresamente que, con posterioridad al nacimiento del litigio, la persona trabajadora pacte una sumisión expresa exclusiva designando un foro que no tenga relación con los establecidos por otras disposiciones.

Idénticos cuestionamientos pueden realizarse respecto del Convenio de Lugano II, cuya regulación, en su calidad de convenio paralelo al RBI, conduce a situaciones similares. A mayor abundamiento, este Convenio habría de actualizarse en materia de competencia judicial laboral, a efectos de admitir la competencia de los tribunales de los países signatarios en supuestos de demandas a empresarios domiciliados en terceros Estados y permitir la remisión al foro designado en supuestos de pluralidad de demandados. Además, tal como se ha advertido por la doctrina, es necesario tener presente que no procede la aplicación del RBI-bis a personas físicas o jurídicas domiciliadas en Noruega, Suiza e Islandia, los cuales tampoco pueden tener la consideración de terceros Estados.

En lo que se refiere al foro en supuestos de pluralidad de partes demandadas, jurisprudencia española reciente ha admitido la competencia de los tribunales españoles en casos en que sean codemandados como verdaderas empleadoras una empresa domiciliada en un Estado miembro y una empresa domiciliada en España, de manera que la condición de empleadora de la empresa con domicilio en España atraería a la codemandada al foro de su domicilio, pese a que los servicios nunca se hayan prestado en este país. Si bien debemos atender a la interpretación jurisprudencial española en defecto de interpretación del TJUE, en cuanto esta posibilidad es discutible en aplicación literal de las disposiciones del RBI-bis, entendemos imprescindible una correcta argumentación con respecto a la

⁵²⁴ Como hemos señalado previamente, en *STJUE Asunto Taser Internacional*, 17 de marzo de 2016 (C-175/15), apartado 21, el TJUE señala que la regla de la sumisión tácita “se aplica también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un tribunal contraviniendo las disposiciones del mismo Reglamento”.

identificación de las partes codemandadas como verdaderas empresarias. Esta argumentación debería también distinguir entre supuestos de contratación con desplazamiento y expatriaciones impropias –en las cuales la prestación de servicios se realiza exclusivamente en el extranjero, sin expectativas de retorno–, ya que en este último caso el contrato con la empresa domiciliada en España podría ser meramente instrumental.

Asimismo, hemos planteado nuestras dudas en relación con la interpretación del foro del Estado al cual la persona trabajadora ha sido desplazada en aplicación de la Directiva 96/71/CE. En todo caso, entendemos que la norma de transposición española, al establecer la competencia del Estado de acogida respecto a todos los conflictos derivados de la aplicación de la misma, ha interpretado correctamente el sentido pretendido por el legislador comunitario.

En subsidio de las normas supranacionales, el artículo 25 LOPJ resulta de bastante utilidad en su carácter de norma residual, pues, como se ha señalado, sus múltiples puntos de conexión derivan en la dificultad de eludir la competencia de los tribunales españoles, en atención al carácter alternativo de éstos. Así las cosas, y como se ha señalado, solo en supuestos muy excepcionales podría declararse la falta de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles.

En todo caso, desde la perspectiva del supuesto base en presente estudio, esto es, una persona trabajadora que es expatriada desde España, las normas sobre competencia judicial internacional otorgan cobertura, tanto a la persona trabajadora como a la empresa. Teniendo en consideración que los servicios se habrán prestado en España en algún momento de la relación laboral, o en su defecto, al menos uno de los contratos de trabajo se habrá suscrito en España, a falta de cualquier otra norma de determinación del foro, será posible invocar el artículo 25.1º LOPJ. Esta circunstancia puede ser particularmente peligrosa para la persona trabajadora expatriada que tenga su domicilio en un tercer Estado a efectos de los convenios suscritos, pues la competencia de los tribunales españoles puede ser determinada en consideración a otros factores distintos del domicilio.

Lo señalado no implica desconocer la posibilidad de acudir a foros más próximos para la resolución del caso, sino simplemente que el conflicto siempre tendrá, en

última instancia, la posibilidad de ser resuelto por órganos jurisdiccionales españoles.

3. La determinación de la legislación aplicable a la persona trabajadora expatriada desde España.

3.1. Ámbito temporal de las reglas de conflicto en materia de legislación aplicable y su aplicación a la expatriación de las personas trabajadoras.

Para determinar la legislación aplicable a la movilidad geográfica internacional de una persona trabajadora desde el territorio español a un Estado miembro de la Unión Europea, debe atenderse a tres periodos de tiempo, en cada uno de los cuales intervienen distintas normas de conflicto. Por lo tanto, cabe distinguir entre: (i) los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, a los cuales se aplican las reglas de conflicto establecida en el artículo 8 del Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales o «Reglamento Roma I», sucesor del Convenio de Roma; (ii) los contratos de trabajo celebrados entre el 1 de septiembre de 1993 y el 16 de diciembre de 2009, a los que se aplica el artículo 6 del Convenio de Roma, y; (iii) contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993, época en la cual el Convenio Roma no había sido ratificado por España. Solo en este último caso, y como normas de conflicto residuales, resultarían aplicables las normas de derecho internacional privado establecidas en el ordenamiento español.

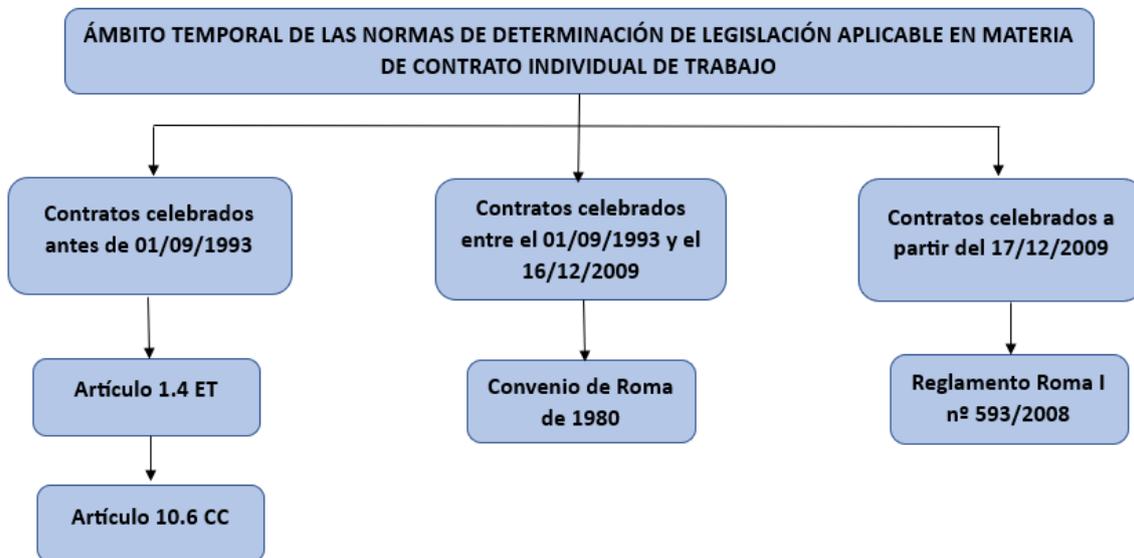


FIG.3. Esquema del ámbito temporal de las normas de determinación de legislación aplicable al contrato de trabajo.

3.2. Las soluciones al conflicto de leyes en el contrato de trabajo según las normas comunitarias: el «Reglamento Roma I».

En el marco del análisis del concepto de persona trabajadora expatriada, hemos advertido que el reconocimiento de las libertades económicas y la inexistencia de controles fronterizos en la zona Schengen, da lugar a distintos tipos de movilidad laboral internacional, que se regulan en diversas normas comunitarias. Esta singular situación tiene como consecuencia la posibilidad de que a la relación laboral de las personas trabajadoras móviles de la Unión Europea le sea aplicable más de un ordenamiento jurídico.

En la actualidad, el Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o «Reglamento Roma I» (en adelante «RRI») constituye la solución comunitaria a los conflictos de leyes relativos a las obligaciones contractuales en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. En su función de norma unificadora del derecho privado europeo, este Reglamento desplaza las normas de conflicto del derecho interno de los Estados

miembros, si bien carece de efecto retroactivo. Al respecto, el artículo 28 RRI es claro al establecer que sus disposiciones únicamente son aplicables a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009⁵²⁵.

Este Reglamento tiene como base las normas del Convenio de Roma, instrumento que también había sido creado con el propósito de establecer entre los Estados signatarios un conjunto homogéneo de normas que dieran solución a los conflictos de normas en materia de obligaciones contractuales⁵²⁶. De acuerdo con los impulsores del Convenio de Roma, establecer normas de conflicto comunes permitía evitar el «*forum shopping*» o foro de conveniencia, otorgando seguridad jurídica y estabilidad en sectores económicos relevantes⁵²⁷.

Además de su cambio de naturaleza jurídica –de convención de derecho internacional a norma comunitaria– el RRI introduce ciertas reformas al texto del Convenio de Roma, si bien los conceptos utilizados tienen el mismo significado en ambas normas y éstas pueden invocarse recíprocamente para efectos de su interpretación⁵²⁸.

En términos generales, el RRI simplifica la estructura de determinación de la ley aplicable que establecía el Convenio de Roma. Aunque su regla de base continúa siendo la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales pueden elegir la ley aplicable al contrato que han celebrado, la diferencia entre ambas normas se advierte cuando no existe dicha elección. Mientras el Convenio de Roma establecía la aplicación de la ley del país con la cual el contrato presentase vínculos más

⁵²⁵ El Convenio de Roma estuvo en vigor en España entre el día 1 de septiembre de 1993 y el día 16 de diciembre de 2009. A partir del 17 de diciembre de 2009 comenzó a regir el RRI.

⁵²⁶ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 23-24. Aunque la autora se dedica al estudio del convenio de Roma –que fue sustituido por el Reglamento Roma I–, lo cierto es que este estudio mantiene su vigencia, por cuanto las reglas de determinación de la ley aplicable continúan siendo las mismas, si bien su redacción presenta ciertos matices.

⁵²⁷ GIULIANO, Mario; LAGARDE, Paul: *Report on the convention on the law applicable to contractual obligations*. OJEC. C 282, 31 de octubre de 1980, p. 5.

⁵²⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”. *Diario La Ley*. 30 de mayo de 2008, N° 6957 [edición electrónica].

estrechos y agregaba presunciones a ese respecto, para luego incorporar reglas de conflicto, el RRI establece una serie de reglas de conflicto que pueden ser desplazadas por la regla de los vínculos más estrechos, que ostenta un doble rol como cláusula de escape y cláusula de cierre: por una parte, permite inaplicar las otras reglas de conflicto si se determina que existen vínculos más estrechos con otro país; por otra parte, es la regla que ha de utilizarse si no es posible determinar la legislación aplicable a través de las otras reglas⁵²⁹.

Al establecer las reglas de conflicto referidas a los contratos de trabajo, el RRI siguió al Convenio de Roma sin efectuar modificaciones de gran importancia⁵³⁰, salvo su diversa redacción, por lo que se ha llegado a afirmar que atender a uno u otro texto es irrelevante⁵³¹. Por este motivo, y por ser la norma comunitaria vigente actualmente, nos referiremos únicamente a las normas correspondientes a los contratos de trabajo establecidas en el RRI.

⁵²⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit.

⁵³⁰ En este sentido, CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, p. 130; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit.; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 192.

⁵³¹ CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo...”, ob. cit., p. 130.

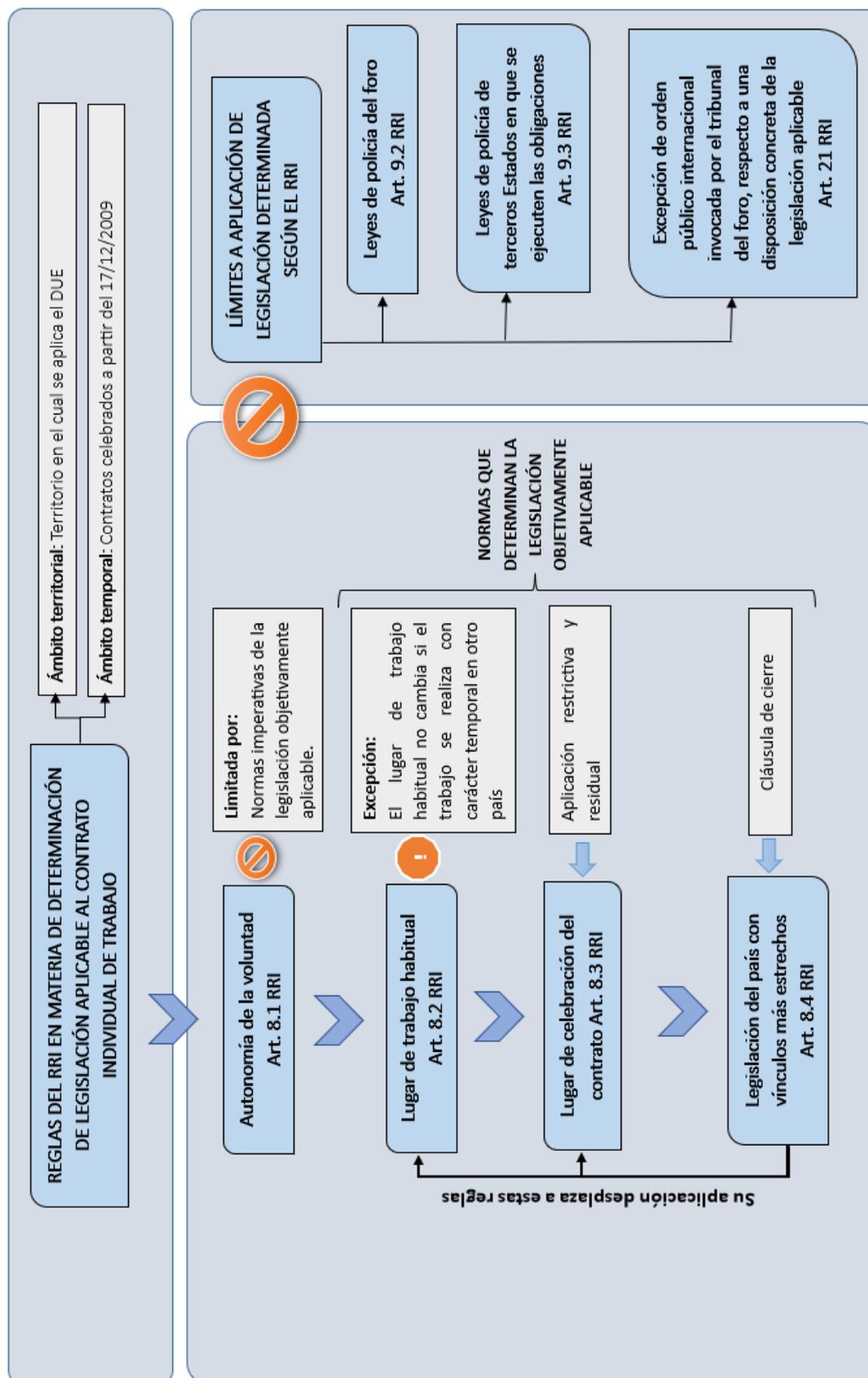


FIG.4. Esquema de reglas de determinación de legislación aplicable establecidas por el RRI en materia de contrato individual de trabajo.

3.2.1. Las reglas del artículo 8 del Reglamento Roma I.

A efectos de determinar la ley aplicable al contrato individual de trabajo, el RRI establece en su artículo 8 una serie de reglas o conexiones que operan en forma sucesiva, hasta arribar a aquella que proporcione la solución al conflicto de leyes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar la cláusula de escape, que permite inaplicar las otras reglas de determinación si existen vínculos más estrechos con otro país. A continuación, se analizarán las reglas proporcionadas por dicha norma.

3.2.1.1. Artículo 8.1 RRI. La autonomía de la voluntad o *pactum de lege utenda* como regla de base.

A semejanza de la regla establecida para las obligaciones contractuales en general, la primera conexión que establece el RRI para resolver el conflicto de leyes en materia de contrato de trabajo es la autonomía de la voluntad de las partes (*pactum de lege utenda*), establecida específicamente en el artículo 8.1 RRI⁵³². Si bien el RRI no hace referencia a criterios que permitan establecer presunciones a este respecto⁵³³, del artículo 3.1 RRI se desprende que la voluntad de las partes podrá manifestarse en forma expresa o tácita, de manera que se admite que la manifestación de voluntad pueda inferirse de los términos del contrato o las circunstancias del caso⁵³⁴.

Al manifestar su voluntad, las partes también pueden someter ciertos aspectos a una legislación distinta a la que rige la totalidad del contrato, de acuerdo con el art. 3.1 RRI. Esta posibilidad ha recibido el nombre de «*depeçage*», figura que implica

⁵³² El artículo 8.1 del Reglamento (CE) N.º 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I», dispone: “El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

⁵³³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit., señala que se planteó la posibilidad de establecer como presunción de elección de legislación, la existencia en el contrato de una cláusula de designación de foro. Agrega que finalmente tal hecho solo consta en los considerandos como un indicio a tener en cuenta para determinar si existe una elección tácita de legislación.

⁵³⁴ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 98, compila como circunstancias de las que se puede inferir una manifestación de voluntad tácita el lugar de ejecución del contrato, el lugar de inicio de la prestación laboral, el lugar en que se abona el salario y referencias a reglas o normas particulares de un ordenamiento jurídico, entre otras.

un fraccionamiento del contrato, en virtud del cual distintas partes del mismo se remiten a distintos ordenamientos jurídicos⁵³⁵. A mayor abundamiento, se permite a las partes modificar la elección de la ley en un momento posterior a la celebración del contrato, así como también elegir cualquier ordenamiento, sin necesidad de que exista alguna conexión⁵³⁶.

No obstante, de acuerdo con el artículo 8.1 RRI, la autonomía de la voluntad encontraría su límite en las normas no derogables por contrato o «normas imperativas» pertenecientes a la legislación que habría resultado aplicable en caso de que las partes no la hubiesen designado. En efecto, en cuanto la persona trabajadora es la parte contractualmente más débil, la autonomía de la voluntad sólo juega a su favor: es decir, se aplicarán las normas materiales de la legislación que las partes han elegido, únicamente si dichas normas son más protectoras para la persona trabajadora que las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable, toda vez que estas disposiciones constituirían el umbral mínimo a respetar⁵³⁷.

Es importante hacer presente que el carácter imperativo no tiene relación con la fuente de la norma pues –de acuerdo con lo sostenido por el TJUE– si de un ordenamiento nacional se infiere que normas contenidas en un convenio colectivo tienen carácter imperativo, esta opción debe ser respetada por el tribunal que conozca del asunto⁵³⁸. Y en ese sentido, en cuanto el TC se ha pronunciado en varias oportunidades respecto a que la autonomía de la voluntad colectiva

⁵³⁵ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 98.

⁵³⁶ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 98.

⁵³⁷ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo y contrato de trabajo internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, pp. 164-165.

⁵³⁸ STJUE *Asunto Gruber Logistic*, de 15 de julio de 2021 (C-152/20 y C-218/20), considerando 30. “cuando de un ordenamiento nacional se desprende que normas contenidas en convenios que no necesariamente pertenecen al ámbito de la ley tienen carácter imperativo, tal opción debe ser respetada por el juez, aun cuando difiera de la realizada en su ordenamiento nacional”.

Esta sentencia se dictó el contexto de un litigio referido a la cuantía de la remuneración, en el cual eran partes unos camioneros rumanos y sus empleadores, sociedades mercantiles establecidas en Rumanía. Los camioneros sostenían que la legislación aplicable debía ser la de su lugar habitual de trabajo, esto es, Italia y Alemania respectivamente, mientras que sus empleadores aducían que los contratos de trabajo contenían sendos pactos en los cuales se establecía la aplicación de la ley rumana.

prevalece sobre la voluntad individual⁵³⁹, entendemos que, al no poder excluirse mediante acuerdo, los convenios colectivos estatutarios pueden considerarse normas imperativas en los supuestos que la legislación española fuese la ley objetivamente aplicable.

Por otra parte, debemos señalar que la jurisprudencia del TJUE ha efectuado una interpretación amplia de las circunstancias en que la elección de ley por la persona trabajadora puede reputarse libre. Como se señala el muy reciente Asunto *Gruber Logistic*, existe libertad de elección de ley aplicable, tanto en la aceptación de una cláusula predeterminada por el empleador, como en el supuesto de que, previa elección de determinada legislación aplicable, dicha legislación imponga la inserción en el contrato de trabajo de una cláusula que establezca la remisión al Derecho laboral de ese país a efectos de completar las estipulaciones del mismo⁵⁴⁰. Según aduce el TJUE, el artículo 3 RRI no prohíbe las cláusulas tipo y la libertad de elección se manifestaría a través de la aceptación de aquellas cláusulas⁵⁴¹.

Si bien el supuesto de inclusión obligatoria de una cláusula que remite a un ordenamiento laboral nacional presupone la libre elección de la legislación que contiene dicha norma, no podemos compartir la conclusión de que existe libertad en la aceptación de una cláusula predispuesta que establezca la legislación

⁵³⁹ STC 8/2015 de 22 de enero de 2015, FJ 2 letra c): “Conviene señalar también que la determinación del contenido de la relación laboral, junto con la regulación mínima del legislador, «se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes sociales», esto es, «a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE» (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6), siendo tal tipo de negociación «un valor constitucionalmente protegido» (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, FJ 6 y 184/1991, de 30 de septiembre, FJ 6). Ese derecho «presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6; y 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4)”.

⁵⁴⁰ STJUE *Asunto Gruber Logistic*, de 15 de julio de 2021 (C-152/20 y C-218/20), considerando 41: “El artículo 8 del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que:
–por un lado, se considera que las partes de un contrato individual de trabajo son libres para elegir la ley aplicable a ese contrato, aun cuando las estipulaciones contractuales se completen con el Derecho laboral nacional en virtud de una disposición nacional, siempre que la disposición nacional en cuestión no obligue a las partes a elegir la ley nacional como ley aplicable al contrato, y
–por otro lado, se considera que las partes de un contrato individual de trabajo son, en principio, libres para elegir la ley aplicable a dicho contrato, aunque la cláusula contractual relativa a esa elección esté redactada por el empresario, limitándose el trabajador a aceptarla”.

⁵⁴¹ STJUE *Asunto Gruber Logistic*, de 15 de julio de 2021 (C-152/20 y C-218/20), considerando 42: “ese Reglamento [Roma I] no prohíbe la utilización de cláusulas tipo redactadas previamente por el empresario. La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato”.

aplicable: a lo sumo existe libertad para contratar, más no libertad de contratación. Ciertamente una estipulación como la que comentamos podría considerarse válida por no existir un vicio del consentimiento –validez que debería ser determinada según la legislación hipotéticamente aplicable⁵⁴²–, pero resulta cuestionable que su aceptación se entienda como una manifestación de la voluntad autónoma, máxime si su rechazo puede conllevar que el contrato de trabajo no se celebre. De todos modos, debemos reconocer que la aplicación de las normas imperativas de la legislación atribuible a la relación laboral en defecto de elección reduce los potenciales perjuicios que causaría la interpretación del TJUE.

En efecto, si las normas imperativas son el umbral mínimo de protección de la persona trabajadora y constituyen un límite a la eficacia del *pactum de lege utenda*⁵⁴³, la determinación este umbral mínimo requiere efectuar una comparación entre las normas imperativas de aquel ordenamiento que resultaría aplicable en caso de no haber existido elección. Aunque el RRI no establece si la forma en que ha de realizarse tal comparación implica una evaluación de las normas a nivel global o según su materia⁵⁴⁴, la jurisprudencia más reciente del TJUE puede dar cierta luz al respecto: mientras en el Asunto *Sähköalojen ammattiliitto* caracteriza a un conjunto de condiciones laborales establecido por la Directiva 96/71/CE como «disposiciones imperativas de protección mínima», en el Asunto *Gruber Logistic* sostiene las normas sobre salario mínimo podrían calificarse «en principio» como normas imperativas.

A nuestro entender, pese a que no existe un pronunciamiento directo al respecto, las afirmaciones del TJUE sugieren que la comparación entre normas ha de realizarse por materias. En efecto, este sistema de comparación es quizá el más lógico y probablemente el único aplicable si se procura el respeto al equilibrio

⁵⁴² Conclusiones del Abogado General en Asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20, 22 de abril de 2021, considerando 94.

⁵⁴³ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo...”, ob. cit., p. 165.

⁵⁴⁴ En cuanto al método de determinación de la norma más favorable, se presentan básicamente dos alternativas: el sistema de comparación global, conforme al cual se comparan los ordenamientos jurídicos y se aplica aquella legislación que en su conjunto resulte más favorable, y el sistema de comparación analítico, en virtud del cual se aplica en cada materia la norma de la legislación más favorable. Vid. CASADO ABARQUERO, Marta: *La Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2008, pp. 277-288; FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., pp. 104-105.

interno de las disposiciones de cada ordenamiento; por el contrario, un espiguelo normativo puede generar resultados con contradicciones y lagunas, además de otorgar al órgano jurisdiccional una función de creador del derecho.

En otro aspecto controvertido, se ha planteado por la doctrina que la confrontación entre normas debería realizarse tomando como referencia la legislación vigente en el momento de la elección, toda vez que, si la elección no salvaguardara dicha versión de la legislación elegida, se estaría condenado a la sorpresa⁵⁴⁵. No podemos compartir esta postura, pues cada Estado establece soberanamente el ámbito temporal de sus leyes y, con una interpretación como la que se ha señalado, se pretendería la eventual aplicación de disposiciones derogadas en el momento que se suscite el litigio.

En todo caso, la necesidad de determinar la legislación aplicable, sea porque debe efectuarse la comparación entre normas imperativas correspondientes a distintas legislaciones, o bien, en defecto de elección de ley, nos otorga la oportunidad de analizar las siguientes reglas de determinación.

3.2.1.2. Artículo 8.2 RRI. La regla de la ley del lugar en que se ejecuta habitualmente el trabajo o *lex loci laboris*.

A falta de elección de la legislación por las partes, o si dicha elección carece de efectos, el artículo 8.2 del RRI⁵⁴⁶ se refiere a la primera conexión objetiva, estableciendo que regirá el contrato de trabajo la ley del lugar en que la persona trabajadora ejecute habitualmente la prestación laboral o *lex loci laboris*. Si bien el tenor literal de la norma se refiere al «país» de realización habitual del trabajo, la jurisprudencia comunitaria utiliza el concepto de «lugar», matización que la doctrina científica aprueba, puesto que en la actualidad se identifican prestaciones plurilocalizadas realizadas extramuros de la soberanía estatal, tales como la

⁵⁴⁵ CARRILLO POZO, Luis: "La ley aplicable al contrato de trabajo...", ob. cit., p. 133.

⁵⁴⁶ Art. 8.2 del Reglamento (CE) N.º 593/2008: "En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país".

prestación de servicio a bordo de buques y aeronaves, plataformas petrolíferas en alta mar, trabajos prestados en la Antártica o estaciones espaciales⁵⁴⁷.

Que el lugar de ejecución habitual de trabajo se establezca como primera conexión objetiva tiene su explicación en cuanto la aplicación de la misma normativa laboral estatal a todos los contratos que se ejecuten en su territorio deviene en condiciones igualitarias para las personas trabajadoras, con independencia de su nacionalidad⁵⁴⁸. Otras razones se relacionan con la coincidencia entre la legislación aplicable y el tribunal competente o la ventaja que implica la coincidencia del ordenamiento que rige al contrato privado y los aspectos jurídico-públicos de la relación laboral, tales como la seguridad social o la negociación colectiva⁵⁴⁹.

Se ha sostenido que la identificación del lugar de ejecución habitual del trabajo viene dada por las previsiones que se indiquen en el contrato, o bien por los elementos de prueba que permitan determinar el lugar designado por las partes al momento de celebrar el contrato⁵⁵⁰. A nuestro entender, teniendo en consideración que el lugar de trabajo estipulado en el contrato puede no ser definitivo⁵⁵¹, en el supuesto de que éste no coincida con la realidad, debe primar la realidad. Sin embargo, la identificación del lugar habitual de trabajo no resulta una tarea fácil en supuestos de servicios prestados en itinerancia y de manera sucesiva en distintos territorios o en los casos que se difumina la temporalidad asociada a los desplazamientos de personas trabajadoras realizadas en el marco de una prestación de servicios.

Bajo la vigencia del Convenio de Roma, y con relación a los supuestos en los cuales la prestación laboral se ejecutaba en varios países, se sostenía que, en defecto de

⁵⁴⁷ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 255-256.

⁵⁴⁸ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p.108.

⁵⁴⁹ CARRILLO POZO, Luis: "La ley aplicable al contrato de trabajo...", ob. cit., p. 132.

⁵⁵⁰ CARRILLO POZO, Luis: "La ley aplicable al contrato de trabajo...", ob. cit., p. 133.

⁵⁵¹ CARRILLO POZO, Luis: "La ley aplicable al contrato de trabajo...", ob. cit., p. 133, cita N.º 20.

elección de la ley aplicable por las partes, debía aplicarse el criterio de la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*), pues la imposibilidad de predicar habitualidad respecto de un único país hacía problemática la aplicación de la regla *lex loci laboris*⁵⁵². Aunque tal solución continúa siendo correcta con la introducción del RRI, este último reglamento ha atribuido la solución de ciertos casos problemáticos a la regla *lex loci laboris* mediante la determinación del *locus executionis*, esto es, el lugar a partir o desde el cual la persona trabajadora cumple la parte esencial de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁵⁵³.

A modo de ejemplo, no se utilizará la regla *lex loci celebrationis* en los supuestos de personas trabajadoras que realizan su trabajo en diferentes Estados, pero uno de ellos constituye una especie de base de operaciones, por ejemplo, trabajadores y trabajadoras de compañías aéreas⁵⁵⁴. Como señala la disposición, estos casos, la ley aplicable será la del país «a partir del cual» o «desde el cual» la persona trabajadora realiza habitualmente su trabajo, al identificar ese lugar con el *locus executionis*⁵⁵⁵, que, a su vez, permite determinar el lugar de trabajo habitual. Además del criterio del lugar desde el cual la persona trabajadora parte y posteriormente regresa, la doctrina científica ha identificado como indicios utilizados por el TJUE para determinar el lugar de trabajo habitual los siguientes⁵⁵⁶: (i) el lugar en que la persona trabajadora pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de la empresa⁵⁵⁷; (ii) el sitio en que se encuentran las

⁵⁵² FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 117.

⁵⁵³ CARRILLO POZO, Luis: "La ley aplicable al contrato de trabajo...", ob. cit., p. 138.

⁵⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: "El Reglamento...", ob. cit. El autor hace referencia a la STJUE *Asunto Nogueira* de 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16), que se refiere a las demandas interpuestas en tribunales belgas por personas trabajadoras que prestaban servicios directamente y a través de una ETT para Ryanair, con domicilio en Irlanda. En este caso, las personas trabajadoras tenían «base» en el aeropuerto belga Charleroi, debían residir a una hora de distancia del mismo e iniciaban y finalizaban la prestación de servicios en dicho aeropuerto.

Si bien esta sentencia interpretaba la noción lugar habitual de trabajo a efectos de determinar la competencia judicial, sostuvo que, pese a que el concepto de «base» no era equiparable al «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo» sí constituía un indicio significativo para identificarlo (apartado 77).

⁵⁵⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: "El Reglamento...", ob. cit.

⁵⁵⁶ IRIARTE ÁNGEL, José: "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 10, N.º 2, pp. 491-494.

⁵⁵⁷ STJUE *Asunto Weber*, 27 de febrero de 2002 (C-37/00). En este caso, la petición de decisión prejudicial se plantea con ocasión de la demanda de despido de un trabajador alemán domiciliado en Alemania, que había sido contratado por una empresa escocesa con domicilio en el Reino Unido para prestar servicios como

herramientas o instrumentos de trabajo utilizados⁵⁵⁸; (iii) el lugar en el cual la persona trabajadora se relaciona habitualmente con el empresario y desde el cual organiza su trabajo, que puede ser el lugar donde recibe instrucciones o debe presentarse para cumplir sus misiones⁵⁵⁹; (iv) aquel en que el trabajador o trabajadora se encuentre obligada a residir⁵⁶⁰, y; (v) el sitio en que tenga o se haya puesto a su disposición una oficina o despacho⁵⁶¹.

cocinero a bordo de buques o instalaciones mineras. Aunque la relación laboral tuvo una duración de seis años, únicamente se pudo tener por acreditado que, durante los últimos tres meses, el trabajador había prestado servicios en un buque-grúa en aguas territoriales danesas.

En su apartado 58, la STJUE señala: “en el supuesto de que el trabajador por cuenta ajena cumpla las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo en varios Estados contratantes, el lugar en el que desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de esta disposición, es el lugar en el cual o desde el cual, habida cuenta de todas las circunstancias del caso de autos, cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones respecto a su empresa.

En el caso de un contrato de trabajo en ejecución del cual el trabajador por cuenta ajena ejerce las mismas actividades por cuenta de su empresario en más de un Estado contratante, en principio debe tenerse en cuenta la duración de la relación laboral en su totalidad para determinar el lugar en el que el interesado desempeñaba habitualmente su trabajo, a efectos de dicha disposición.

A falta de otros criterios, este lugar es aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo.

Sólo podría llegarse a otra conclusión si, a la vista de los elementos fácticos del caso de autos, el objeto de la controversia presentara unos vínculos más estrechos con un lugar de trabajo distinto...”

⁵⁵⁸ STJUE *Asunto Koelzsch*, 15 de marzo de 2011 (C-29/10). En este caso también se interpreta la noción lugar habitual de trabajo a efectos de determinar la competencia judicial. Se refiere a las demandas interpuestas por un conductor de camión con domicilio en Alemania, contratado bajo la legislación luxemburguesa, país en el cual también estaban matriculados los camiones de propiedad de la empresa. El trabajador realizaba transportes principalmente desde Dinamarca hacia Alemania.

En los apartados 48 y 49 de la sentencia, el TJUE establece: “atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector del transporte internacional, como el controvertido en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador.

En particular, dicho órgano debe determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones”.

Cabe hacer presente que, como sostiene IRIARTE ÁNGEL, José: “La precisión del lugar habitual...”, ob. cit., p. 492, la traducción al castellano de la palabra herramientas induce a error, puesto que con esta expresión el TJUE incluye a aeronaves o camiones, esto es, medios de trabajo.

⁵⁵⁹ STJUE *Asunto Nogueira* de 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16), apartado 63: “por lo que se refiere a la especificidad de las relaciones laborales en el sector del transporte [...] el Tribunal de Justicia indicó varios indicios que los tribunales nacionales pueden tener en cuenta. En particular, estos tribunales deben determinar en qué Estado miembro está situado el lugar a partir del cual el trabajador desempeña sus misiones de transporte, aquél al que regresa una vez finalizadas sus misiones, el lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo y el lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo”.

⁵⁶⁰ Según señala IRIARTE ÁNGEL, José: “La precisión del lugar habitual...”, ob. cit., pp. 493-494, que en el contrato de trabajo se imponga un lugar de residencia o la obligación de residir a cierta distancia temporal o geográfica es un indicio importante para determinar el lugar habitual de trabajo. Añade que, de acuerdo con las conclusiones del Abogado General en la STJUE *Asunto Nogueira* este criterio no se refiere al domicilio real del trabajador, sino del lugar donde está contractualmente obligado a residir.

⁵⁶¹ STJUE *Asunto Mulox*, 13 de julio de 1993 (C-125/92), referido a la determinación de la competencia judicial en el caso de la resolución del contrato de trabajo celebrado entre la empresa Mulox, domiciliada en el Reino Unido, y un trabajador neerlandés con domicilio en Francia, que estableció su despacho en su domicilio a fin

En alusión a los desplazamientos temporales de personas trabajadoras, el artículo 8.2 RRI explicita que la prestación laboral en otro país con carácter temporal no modifica el lugar habitual de trabajo⁵⁶². De ese modo, al establecerse como lugar de trabajo habitual el Estado desde el cual la empresa envía al trabajador o trabajadora a prestar servicios, la ley aplicable conforme a lo dispuesto por el RRI será la de ese Estado. De todas maneras, la norma comunitaria que regula específicamente este caso –la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios– introduce una regla diversa, con la finalidad de evitar abusos y dumping salarial.

Someramente, la Directiva 96/71/CE establece que, en lo que se refiere a determinadas condiciones laborales, se aplicarán las normas del Estado de acogida si resultaren más favorables a la persona trabajadora. Esta solución tiene como consecuencia el hecho que a la relación laboral del trabajador o trabajadora desplazada pueden resultar aplicables, simultáneamente, dos ordenamientos jurídicos. Aunque esta circunstancia también es posible de acuerdo con las normas del RRI –a través del *depeçage*–, el hecho de que la Directiva 96/71/CE no establezca un límite temporal a los desplazamientos genera problemas interpretativos. En efecto, para determinar el *loci laboris*, la jurisprudencia del TJUE está transitando desde un criterio de habitualidad en términos cuantitativos hacia la consideración de elementos de carácter sustancial, tales como la naturaleza del trabajo y las circunstancias concretas que caractericen la actividad de la persona

de introducir los productos de la empresa en Alemania, Bélgica, Países Bajos y los países escandinavos, a los cuales se desplazaba.

En los apartados 24 y 25, el TJUE señala: “Cuando la realización del trabajo encomendado al asalariado se extiende al territorio de varios Estados contratantes, tiene importancia situar el cumplimiento de la obligación contractual, a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio, en el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa.

Para la determinación de dicho lugar, que es competencia del órgano jurisdiccional nacional, procede tener en cuenta la circunstancia, destacada en el litigio principal, de que el desempeño de la misión confiada al trabajador por cuenta ajena se realizó desde un despacho situado en un Estado contratante, en el que el trabajador había establecido su residencia, desde el que desempeñaba sus actividades y al que regresaba después de cada uno de sus desplazamientos profesionales”.

⁵⁶² La solución sería idéntica si el contrato hubiera sido suscrito en vigencia del Convenio de Roma, pues éste establece el mismo remedio en su artículo 6.2 letra a): “No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país”.

trabajadora⁵⁶³. Esta doctrina jurisprudencial podría tener como consecuencia que se considerase como lugar de trabajo habitual el Estado desde el cual la persona trabajadora ha sido desplazada, pese a que en términos cuantitativos la prestación de servicios se haya realizado durante más tiempo en el Estado de acogida.

Por otra parte, la Directiva 96/71/CE dispone que a la persona trabajadora desplazada de larga duración se le apliquen todas las condiciones laborales del Estado en que se encuentra desplazada, situación que genera interrogantes respecto a la ley rectora del contrato. En ese sentido, podría entenderse que, al señalar que se aplicarán todas las condiciones laborales, la Directiva 96/71/CE presupone una modificación del lugar habitual de trabajo, modificación que podría incidir en el cambio de la legislación aplicable a la relación laboral.

En atención a que la expatriación del trabajador puede adoptar diversas formas jurídicas, la aplicación de la legislación del Estado en que el trabajador venía prestando servicios sería difícil de sostener en el caso de una expatriación en que se suscriba un nuevo contrato de trabajo y se debilite considerablemente el vínculo original, bien extinguiendo el contrato original, bien estableciendo una excedencia voluntaria. En estos supuestos entendemos que la lógica de la temporalidad puede difuminarse, porque estas alternativas no dan a entender que se espera un pronto retorno de la persona trabajadora, sino que se utilizarían para dar cobertura a una movilidad de larga duración o incluso indefinida. Por esta razón, compartimos la posición de quien sostiene que, si el único elemento de extranjería de la relación laboral es la nacionalidad del trabajador, el contrato tendría carácter local, aplicándose toda la legislación del Estado de destino⁵⁶⁴ en virtud de la *lex loci laboris*.

⁵⁶³ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Reflexiones en torno a la noción de habitualidad...", ob. cit., p. 269.

⁵⁶⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 196.

3.2.1.3. Artículo 8.3 RRI. La regla del lugar de celebración del contrato o *lex loci celebrationis*.

Si no se ha producido elección de ley por las partes o si la elección no es eficaz y, además, resulta inviable la aplicación de la regla *lex loci laboris* en cuanto no es posible identificar el *locus executionis*⁵⁶⁵, el artículo 8.3 RRI dispone que la legislación aplicable será la del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado a la persona trabajadora (*lex loci celebrationis*)⁵⁶⁶.

En cuanto se trata de la última regla de conflicto, antes de aplicar la *lex loci celebrationis* ha de comprobarse la imposibilidad de recurrir a otro criterio de conexión. A ese respecto, en la doctrina científica ha sostenido que el objetivo de protección de la persona trabajadora obliga a una interpretación amplia del *loci executionis*, bastando un vínculo significativo con un Estado a efectos de aplicar el criterio de la *lex loci laboris*; por el contrario, solo si no es posible detectar tal vínculo, se aplicaría la regla de la *lex loci celebrationis*⁵⁶⁷. En el mismo sentido, la jurisprudencia comunitaria parece anteponer la aplicación de la regla de los vínculos más estrechos en desmedro de la regla *lex loci celebrationis*, pues al interpretar este criterio –durante la vigencia del Convenio de Roma–, el TJUE sugirió al tribunal remitente la posibilidad de considerar otros indicios para establecer una legislación con la que el contrato tenga vínculos más estrechos, resaltando el carácter residual de la regla del lugar de celebración del contrato⁵⁶⁸.

Hechas las precisiones anteriores, los supuestos que dan lugar a la aplicación de esta conexión se ejemplifican por la doctrina científica a través de dos supuestos: el trabajo itinerante en que no se puede identificar un lugar habitual de trabajo y el

⁵⁶⁵ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 121.

⁵⁶⁶ Artículo 8.3 del Reglamento (CE) N.º 593/2008: “Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”.

⁵⁶⁷ CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo...”, ob. cit., p. 138.

⁵⁶⁸ STJUE *Asunto Jan Voogsgeerd contra Navimer SA*, de 15 de diciembre de 2011(C-384/10), apartados 47 y 51. Este asunto se suscita en el marco de un juicio por despido de un trabajador que suscribió un contrato de trabajo en la sede de una empresa distinta a aquella que figuraba como empleadora. Asimismo, la sede de la empresa en la que se suscribió el contrato (Naviglobe) estaba situada en Bélgica, mientras que la empleadora (Navimer) era una empresa establecida en Luxemburgo.

caso en que el trabajo se realiza en un territorio no sujeto a soberanía estatal⁵⁶⁹. A modo de ejemplo, se indican los supuestos de los trabajadores y trabajadoras aéreas sin una base estable, los corresponsales de prensa sin establecimiento permanente o personas trabajadoras de plataformas petrolíferas ubicadas en territorios que no pertenecen a ningún Estado, entre otros⁵⁷⁰.

En aplicación de la *lex loci celebrationis*, se ha sostenido que el artículo 8.3 RRI precisa que la ley aplicable será el lugar «a través del cual» se estableció la relación laboral y no el lugar en que se firma el contrato⁵⁷¹. En efecto, la formación del consentimiento y el lugar en que éste se formaliza pueden ser distintos y coincidimos en que debería prevalecer el primero. Cabe añadir que la expresión «establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador» ha sido interpretada por el TJUE en el sentido que se trata del lugar en que se encuentra el establecimiento que gestionó la contratación de la persona trabajadora⁵⁷², explicando que por «establecimiento» puede entenderse cualquier estructura estable de la empresa en un Estado –filiales, sucursales y oficinas–, añadiendo que no es necesario que tenga personalidad jurídica⁵⁷³. Por último, el TJUE ha estimado que, si en los hechos se verifica una situación diferente a la establecida en el contrato, podría determinarse que el lugar de contratación es el establecimiento de

⁵⁶⁹ COURSIER, P.: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*. Paris: LGDJ editorial, 1993, pp. 106-111, citado por FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p.122.

⁵⁷⁰ CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo...”, ob. cit., p. 142.

⁵⁷¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit. A modo de ejemplo, el autor señala que, si un trabajador es captado a través de un establecimiento del empleador en España, pero posteriormente se desplaza a Holanda para firmar el contrato, el establecimiento relevante para determinar la *lex loci celebrationis* es el primero.

⁵⁷² STJUE *Asunto Jan Voogsgeerd contra Navimer SA*, apartado 52: “debe entenderse que el concepto de «establecimiento que [...] hubiere contratado» al trabajador, en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma, se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva”.

⁵⁷³ STJUE *Asunto Jan Voogsgeerd contra Navimer SA* (C-384/10), de 15 de diciembre de 2011, apartados 53 a 58.

una empresa distinta de aquella que figura como empleadora de la persona trabajadora, incluso si no se le ha transferido el poder de dirección⁵⁷⁴.

3.2.1.4. Artículo 8.4 RRI. La regla de vínculos más estrechos como cláusula de escape.

La aplicación de las reglas del lugar de ejecución habitual del trabajo y del lugar de celebración del contrato puede ser desplazada en virtud de la denominada «cláusula de escape» o «cláusula de excepción», que se materializa en el criterio de vínculos más estrechos, establecida por el artículo 8.4 RRI. De acuerdo con esta regla o criterio, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato de trabajo tiene conexiones más significativas con algún Estado, la ley aplicable a la relación laboral será la de dicho Estado⁵⁷⁵.

La regla de los vínculos más estrechos reviste utilidad, por ejemplo, en los casos de teletrabajo transnacional, pues se ha sostenido que permitiría dar solución a los conflictos de legislación aplicable en todas sus modalidades, permitiendo considerar factores tales como la nacionalidad común de las partes o el lugar de celebración del contrato, entre otros⁵⁷⁶.

En atención a que este criterio constituye, precisamente, una cláusula de escape a las reglas precedentes, la aplicación de las reglas *lex loci laboris* y *lex loci celebrationis* podría ser desplazada si se considera que existen más puntos de conexión con una legislación diferente a la que determinan dichas reglas. De tal modo, es dable entender que el ámbito de acción de esta regla se extiende a dos supuestos: (i) en su calidad de cláusula de escape o excepción, para prescindir de la aplicación de los otros criterios de conexión –*lex loci laboris* y *lex loci celebrationis*– o bien para establecer la legislación aplicable a efectos de compararla con aquella que ha sido elegida por las partes y así determinar las

⁵⁷⁴ STJUE *Asunto Jan Voogsgeerd contra Navimer SA* (C-384/10), de 15 de diciembre de 2011, apartados 59 a 65.

⁵⁷⁵ Artículo 8.4 del Reglamento (CE) N.º 593/2008: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

⁵⁷⁶ CASADO ABARQUERO, Marta: *La Autonomía de la voluntad...*, ob. cit., pp. 258-259.

normas imperativas más favorables, y; (ii) como cláusula de cierre, esto es, en los casos que no ha habido elección de legislación por las partes y no es posible determinar la legislación aplicable conforme a la *lex loci laboris* y *lex loci celebrationis*. Al respecto, se sostiene que la eficacia de este criterio se proyecta en situaciones relacionadas con la desaparición del punto de conexión –cierre del establecimiento en que se contrató a la persona trabajadora o cambio de soberanía estatal en el lugar de trabajo– o indeterminación del mismo, en supuestos tales como trabajo en el extranjero en instalaciones sometidas a otro ordenamiento, ejecución de las tareas más importantes en un país distinto al del lugar de trabajo habitual, imposibilidad de determinar la empresa contratante o la creación de establecimientos ficticios para contratar trabajadores itinerantes, entre otros⁵⁷⁷.

Por su parte, entre los indicios que permiten determinar los vínculos más estrechos con determinado ordenamiento jurídico, la doctrina científica distingue entre los criterios *a priori* o aquellos que se deducen de la relación laboral y los criterios *a posteriori*, esto es, los que se coligen de las relaciones jurídico-públicas a las que da lugar el contrato de trabajo⁵⁷⁸. Sobre la base de los argumentos del TJUE en el *Asunto Schlecker*⁵⁷⁹, se menciona entre los primeros el lugar en que se encuentre la sede de la empresa que emplea a la persona trabajadora, la residencia habitual o nacionalidad común de los contratantes, la moneda en que se ha pactado el pago del salario, el idioma en que se ha redactado el contrato y el domicilio del trabajador

⁵⁷⁷ CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo...”, ob. cit., p. 148.

⁵⁷⁸ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., pp. 138-139.

⁵⁷⁹ STJUE *Asunto Schlecker*, 12 de septiembre de 2013 (C-64/12). Si bien este asunto se analiza la regla de los vínculos más estrechos establecida por el Convenio de Roma, su interpretación continúa siendo útil en vigencia del Reglamento de Roma. En este caso, la trabajadora había prestado servicios durante 14 años en Alemania para una empresa alemana que vende artículos de droguería y celebró un nuevo contrato de trabajo con la misma empresa para desempeñarse como gerente en Países Bajos. En este segundo contrato las partes no designaron una ley rectora del contrato, aunque la trabajadora prestó servicios en Países Bajos durante otros 11 años.

En su apartado 29, el TJUE expresa: “como se desprende de la resolución de remisión, el Derecho alemán podría ser de aplicación dado que la totalidad de las circunstancias indican un vínculo más estrecho con Alemania, a saber, el hecho de que el empresario era una persona jurídica alemana, que la remuneración se pagaba en marcos alemanes (antes de la introducción del euro), que el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, que la Sra. Boedeker había mantenido su domicilio en Alemania donde pagaba sus cotizaciones sociales, que el contrato de trabajo hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán y que el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la Sra. Boedeker de Alemania a los Países Bajos”.

o trabajadora⁵⁸⁰. Con la misma consideración de listado abierto, se entiende como criterios *a posteriori* las cargas al contrato de trabajo impuestas por determinado Estado, tales como el pago cotizaciones de Seguridad Social y pago de impuestos, en el entendido que existen una decisión motivada por parte de un determinado Estado para imponer dichos gravámenes al contrato de trabajo⁵⁸¹.

No obstante, se ha advertido que, en cuanto en el *Asunto Schlecker* se admite la posibilidad de emplear todas las circunstancias del asunto para determinar los vínculos más estrechos, tal admisión parece remitir a los criterios sustanciales utilizados en sentencias previas del TJUE a efectos de establecer el lugar habitual de trabajo⁵⁸². Teniendo en cuenta que los criterios utilizados para la aplicación de una u otra regla podrían ser coincidentes, y siendo necesario distinguir entre sus condiciones de aplicación, suscribimos la propuesta de considerar que sería la utilización de los criterios *a posteriori* –afiliación a un régimen de Seguridad Social o la tributación en determinado Estado– la que podría determinar la aplicación de la regla de los vínculos más estrechos, puesto que otras condiciones de trabajo podrían utilizarse como circunstancias para establecer el lugar de ejecución habitual del trabajo o el lugar de celebración del contrato⁵⁸³.

Pese a que su utilización parece lógica a la vista de las consideraciones anteriores, el criterio de los vínculos más estrechos como regla de conflicto no está exento de inconvenientes. En ese sentido, se ha advertido que entre los riesgos del recurso al criterio de vínculos más estrechos se encuentra la inseguridad jurídica –en comparación con la *lex loci laboris* y la *lex loci celebrationis*, que constituyen conexiones objetivas– y también la probabilidad de abuso de la ley del foro o ley del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, ya que el juzgador podría

⁵⁸⁰ KAYE, P.: “Article 6: Individual Employment contracts”, en *The new private international law of contract of the European Community*. Inglaterra: Dartmouth, 1993, p. 237 y Krebber, S. “Conflict of laws in employment in Europe”. *Comparative labour law and policy journal*. 2000, Vol. 21, pp. 527-527, citados por FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 138.

⁵⁸¹ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 139.

⁵⁸² FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”. *Temas Laborales*. 2014, N.º 123, p. 105.

⁵⁸³ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Cerrando el círculo: El caso Schlecker...”, ob. cit., pp. 105-106.

establecer que la ley aplicable es aquella con la que está más familiarizado⁵⁸⁴. Reconociendo estas desventajas, lo cierto es que resulta necesaria cierta discrecionalidad del juez para morigerar las consecuencias injustas o poco apegadas al espíritu del Reglamento, que puedan resultar de una aplicación rigurosa de los criterios objetivos.

3.2.2. Las leyes de policía como límite a la aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo.

Una vez determinada la legislación rectora del contrato de trabajo, resulta importante advertir que su aplicación no se realiza en términos absolutos: tal como lo hacía el Convenio de Roma, el RRI establece el respeto a ciertas normas denominadas «leyes de policía». Y ello, con independencia del ordenamiento jurídico que sea aplicable al contrato.

En este aspecto, el RRI innova en relación con su predecesor, al incorporar a la redacción de esta disposición una definición proporcionada por la jurisprudencia comunitaria⁵⁸⁵ con la finalidad de dar uniformidad a esta noción en el territorio de la Unión Europea⁵⁸⁶. Asimismo, el legislador comunitario pretendía una interpretación restrictiva del concepto, en aras de distinguirlo de las normas imperativas a las que alude el artículo 8 RRI⁵⁸⁷. De esta manera, las leyes de policía se definen en el artículo 9.1 RRI como aquellas “*cuya observancia un país considera esencial para*

⁵⁸⁴ CASADO ABARQUERO, Marta: *La Autonomía de la voluntad...*, ob. cit., pp. 258-259.

⁵⁸⁵ STJUE Asunto *Arblade*, 30 de noviembre de 1999 (C-369/96 y C-376/96), que se refiere al caso de dos empresas francesas a las cuales, en el marco de una inspección laboral realizada por autoridades belgas, les fue requerida la presentación de documentación referida al salario mínimo en el sector de la construcción y al pago de cotizaciones de seguridad social, obligaciones de pago y de conservación de documentos que tenían el carácter de leyes de policía en la legislación belga. Las empresas sostenían que se habían atendido a la legislación francesa, por lo que no estaban obligados a presentar dicha documentación. En su apartado 30, la sentencia se refiere a las leyes de policía, conceptualizándolas como “las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

⁵⁸⁶ VILLA FOMBUENA, María: “Jurisdicción y ley aplicable...”, ob. cit., p. 74.

⁵⁸⁷ Considerando 37 del Reglamento (CE) N.º 593/2008: “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”.

la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato”.

Desde el punto de vista conceptual, las leyes de policía no son un límite a la esfera de acción del *pactum de lege utenda*, pues más que disposiciones inderogables de la legislación objetivamente aplicable, sino que se trata de normas que han de aplicarse en todo caso que se verifique su supuesto de hecho, sin importar la legislación que rija al contrato⁵⁸⁸. Al contrario de las disposiciones imperativas, las cuales –a nuestro entender– limitan la eficacia del *pactum de lege utenda*, se ha sostenido que, en los supuestos de hecho que éstas regulan, las leyes de policía derogan las soluciones establecidas por las normas de conflicto del RRI⁵⁸⁹.

De todos modos, determinar si el precepto contenido en un ordenamiento es una disposición imperativa o ley de policía no es sencillo, puesto que la doctrina científica proporciona distintas teorías al respecto: mientras una posición doctrinal sostiene que las leyes de policía pretenden tutelar intereses públicos o supraindividuales, lo que excluiría a las normas que tengan por objeto la protección de la parte más débil del contrato (que constituirían por ende, disposiciones imperativas)⁵⁹⁰; otro punto de vista explica que el RRI no encomienda de forma exclusiva la protección del contratante débil a las disposiciones imperativas, por lo que este objetivo bien podría alcanzarse a través una disposición imperativa *ex art. 8.1 RRI* o de una ley de policía, *ex art. 9 RRI*⁵⁹¹. También se ha planteado que un indicio para distinguir a las leyes de policía es que su efectividad precisa la

⁵⁸⁸ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo...”, ob. cit., p. 167.

⁵⁸⁹ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., p. 174.

⁵⁹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit.

⁵⁹¹ CARRILLO POZO, Luis: “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”. *Bitácora Millenium DIPr.* 2017, N.º 5, p. 12.

intervención de alguna autoridad o servicio público estatal⁵⁹² y que su incumplimiento acarrearía sanciones administrativas e incluso penales⁵⁹³.

Entre los ejemplos de leyes de policía planteados por la doctrina se encuentran las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas⁵⁹⁴, la autorización administrativa para residir y trabajar y las normas reguladoras del trabajo de menores⁵⁹⁵. En atención a su difícil determinación, se ha planteado que la identificación de las leyes de policía o «supraimperativas» podría ser establecida por el propio legislador en el texto de la norma, o bien podría recurrirse a la interpretación teleológica para establecer si el objetivo de la misma es el interés público⁵⁹⁶.

Por su parte, en cuanto establece que la determinación de la ley aplicable a través de los criterios del RRI no restringirá la aplicación de las leyes de policía del ordenamiento jurídico vigente en el Estado en que se juzga un conflicto, el artículo 9.2 RRI⁵⁹⁷ presupone la determinación previa del tribunal competente. En virtud de esta disposición, resultarán aplicables al litigio, junto a la ley rectora del contrato – y, en caso de *pactum de lege utenda*, además de las normas imperativas de la ley que habría resultado aplicable en defecto de elección–, las leyes de policía del Estado del foro. Adviértase que, a diferencia del siguiente precepto, el artículo 9.2 RRI no impone requisitos para la aplicación de las leyes de policía del foro.

⁵⁹² LEREBOURS-PIGEONNIÈRES, Paul: Précis de Droit international privé. París: Dalloz, 136, pp. 255-256 y FALLON, MARC: “Autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail au droit belge”. JTT. 1984, p. 270, citados por CASADO ABARQUERO, Marta: *La Autonomía de la voluntad...*, ob. cit., pp. 306-307.

⁵⁹³ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo...”, ob. cit., p. 170.

⁵⁹⁴ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 110.

⁵⁹⁵ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo...”, ob. cit., p. 168.

⁵⁹⁶ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo...”, ob. cit., p. 169.

⁵⁹⁷ Artículo 9.2 Reglamento (CE) N.º 593/2008: “Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”.

Por su parte, el artículo 9.3 RRI⁵⁹⁸ plantea la posibilidad de invocar leyes de policía de terceros Estados, distintos al país del foro. Para que proceda su aplicación, esta disposición requiere la concurrencia de dos circunstancias: (i) que las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse o se hayan ejecutado en el país cuya ley de policía pretenda invocarse, y (ii) que la aplicación de las leyes de policía que se invocan tenga como consecuencia la ilegalidad de la ejecución del contrato⁵⁹⁹. Como observa la doctrina, los requisitos señalados por el RRI limitan la discrecionalidad del órgano jurisdiccional del foro⁶⁰⁰, el cual, además de comprobar que los requisitos se verifiquen en el caso concreto, debe valorar la naturaleza, objeto y consecuencias de la aplicación de la ley de policía del tercer Estado⁶⁰¹. En ese sentido, se señala que el tribunal solo podría aplicar las leyes de policía de un tercer Estado cuando dicha aplicación implique la salvaguardia de un interés general digno de especial protección jurídica, como es el caso de los derechos de los trabajadores⁶⁰².

Por último, cabe añadir que, del conjunto de normas que regulen el contrato de trabajo internacional determinadas de conformidad con el RRI, deben excluirse las disposiciones que contravengan al orden público del foro. Esta exclusión es posible en virtud de la denominada «excepción de orden público internacional» contemplada en el artículo 21 RRI⁶⁰³, la cual permite invocar los principios generales del derecho del país del foro –aunque no sean leyes de policía– a fin de descartar la aplicación de normas de otros ordenamientos que resulten contrarias

⁵⁹⁸ Artículo 9.3 Reglamento (CE) N.º 593/2008: “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

⁵⁹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento...”, ob. cit.

⁶⁰⁰ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 110.

⁶⁰¹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 167.

⁶⁰² VILLA FOMBUENA, María: “Jurisdicción y ley aplicable...”, ob. cit., p. 75.

⁶⁰³ Artículo 21 Reglamento (CE) N.º 593/2008: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

al orden público del Estado en que se conoce el asunto⁶⁰⁴. A modo de ejemplo de estos principios generales invocables a efectos de aplicar la «excepción de orden público internacional» se señala el principio *in dubio pro operario*, máxima de interpretación del derecho laboral que no está recogido en una norma positiva y que prevalecería frente a normas de otro ordenamiento que lo contraviniesen⁶⁰⁵.

3.3. Soluciones al conflicto de leyes proporcionadas por el derecho interno.

Con anterioridad a la ratificación del Convenio de Roma y a la aprobación del RRI, el ordenamiento español ya contaba con normas de derecho internacional privado aplicables al contrato de trabajo, establecidas tanto en el Código Civil español («CC») como en el ET.

Si bien estas disposiciones se mantienen en sus respectivos textos legales, cabe advertir que han sido desplazadas por las normas comunitarias y su aplicación tiene un carácter residual, toda vez que se ve limitada a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma en España, esto es, anteriores al 1 de septiembre de 1993. En cualquier caso, es preciso hacer una breve alusión a éstas, a efectos de completar el sistema de determinación del derecho aplicable.

3.3.1. Regla del artículo 10.6 del Código Civil.

Entre las reglas que proporciona el CC español para dar respuesta a los conflictos de leyes en los actos jurídicos con elementos de extranjería, su artículo 10.6 se refiere a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, respectivamente. Esta norma establece como soluciones: (i) la aplicación de la legislación a la que se

⁶⁰⁴ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 109.

⁶⁰⁵ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación...*, ob. cit., pp. 184-185.

hayan sometido expresamente las partes⁶⁰⁶, y; (ii) en su defecto, el lugar de trabajo habitual⁶⁰⁷.

En principio, aunque las soluciones planteadas por el artículo 10.6 CC no difieren de algunas de las reglas del RRI, su configuración no permite arribar a los mismos resultados del Reglamento comunitario en todos los casos, y menos aún resuelve todos los conflictos que pueden plantearse. Así, se ha señalado que al no establecerse más puntos de conexión que la autonomía de la voluntad y el lugar de trabajo habitual, su aplicación puede provocar distorsiones⁶⁰⁸. En efecto, las conexiones planteadas por la norma son insuficientes para resolver el conflicto en los supuestos en que no existe un lugar de trabajo habitual⁶⁰⁹, como es el caso de los trabajos itinerantes o aquellos desempeñados en territorios que no se encuentran bajo soberanía de ningún Estado y que son resueltos por RRI conforme a la regla de la *lex loci celebrationis*.

Además de la insuficiencia de las reglas planteadas por la norma, otra importante crítica se refiere a la ausencia de una cláusula de protección mínima para las personas trabajadoras, en cuanto la redacción del artículo 10.6 CC facilita la posibilidad de determinar la aplicación de una legislación diferente a la española⁶¹⁰. Si bien estas deficiencias nunca fueron solventadas, lo cierto es que, afortunadamente, esta norma tiene en la actualidad un ámbito de aplicación mínimo, al haber sido desplazada sucesivamente por el art. 1.4 ET –el cual entró en vigor el 15 de marzo de 1980–, el Convenio de Roma y el RRI.

⁶⁰⁶ Sin perjuicio de la aplicación obligatoria de las normas de policía a quienes se encuentren en territorio español.

⁶⁰⁷ Art. 10.6 CC español: “A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”.

⁶⁰⁸ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 126-127.

⁶⁰⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “La aplicación del derecho del trabajo en el espacio internacional”. *Actualidad Laboral*. 2003, N.º 39 [edición electrónica].

⁶¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “La aplicación del derecho del trabajo...”, ob. cit.

3.3.2. La ¿derogada? regla de conflicto del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con el artículo 1.4 ET, la legislación laboral española es aplicable a los supuestos de trabajo en el extranjero en los cuales el contrato se ha celebrado en España entre contratantes de nacionalidad española⁶¹¹.

En cuanto existen normas de conflicto comunitarias de aplicación prevalente, un sector de la doctrina había entendido que esta norma se encontraría derogada tácitamente⁶¹². Sin embargo, su pervivencia en el nuevo texto del ET que entró en vigor a través del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, permite dar crédito a la tesis que plantea su vigencia como norma residual, cuya utilidad se manifestaría en los supuestos que no resultan aplicables el RRI o el Convenio de Roma, esto es, a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma en España⁶¹³.

Presuponiendo que esta norma continúa vigente en el derecho interno, se ha sostenido que el artículo 1.4 ET tendría una aplicación prioritaria en relación con el artículo 10.6 CC⁶¹⁴, y que, a contrario sensu, la aplicación preferente del artículo 10.6 CC únicamente procedería cuando el supuesto no reuniera todos los puntos

⁶¹¹ Artículo 1.4 ET: “La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”.

⁶¹² LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p.113; PALAO MORENO, Guillermo: “Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero). *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 1.

⁶¹³ STS de 17 de enero de 2005 (Rec. 655/2004): “No se hizo opción expresa y los contratos se celebraron, según se declara en hechos probados, en 1992, fecha en la que no estaba en vigor en España el Convenio de Roma que fue publicado en el B.O.E. de 19 de julio de 1993 (RCL 1993, 2205, 2400) . Por consiguiente, era aplicable el Derecho Español. A partir de la entrada en vigor del Convenio de Roma su texto debe prevalecer sobre el de la norma nacional, pero son principios básicos el que las partes pueden elegir la norma aplicable a todo o a parte del contrato (artículo 3) y, en defecto de elección, en el supuesto del contrato de trabajo, la norma a aplicar es la vigente en el lugar de prestación de los servicios. Transcurriendo las relaciones laborales entre las partes de acuerdo con la norma española, la entrada en vigor del Tratado no implica el cambio de la legislación aplicable, a no ser que las partes así lo hubieran pactado expresamente. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 17 del Convenio especifica que se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en cada Estado”.

⁶¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “La aplicación del derecho del trabajo...”, ob. cit.; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 209; MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 135.

de conexión establecidos por la disposición estatutaria⁶¹⁵. En todo caso, al invocar el artículo 1.4 ET, la manifestación de la voluntad de las partes quedaría excluida como posible solución al conflicto de leyes en el específico supuesto que esta disposición regula⁶¹⁶.

Por el contrario, quienes descartan la vigencia de la norma estatutaria, reconocen que los criterios de conexión contenidos en esta norma (nacionalidad española de la persona trabajadora y de la empresa y que el lugar de celebración del contrato sea España) podrían ser una manifestación de la regla de los vínculos más estrechos del artículo 8 RRI⁶¹⁷. Sin embargo, se ha sostenido que los elementos a los que atiende el artículo 1.4 ET son externos al propio contrato y no serían relevantes por sí mismos para determinar la vinculación más estrecha con el ordenamiento español⁶¹⁸. Asimismo, se ha puesto de relieve que el único criterio del artículo 1.4 ET que coincide con los establecidos en el artículo 8 RRI es la regla *lex loci celebrationis*, regla de conflicto residual y de aplicación restrictiva, utilizada solo en los casos en que no se puede determinar el lugar de trabajo habitual⁶¹⁹.

Sin embargo, hay razones de mayor peso para poner en duda la vigencia del artículo 1.4 ET: se ha sostenido que la disposición sería incompatible con el RRI por no respetar la doctrina del efecto útil del derecho de la Unión Europea, en virtud del cual los Estados miembros deben abstenerse de cualquier medida que pueda privar de eficacia a las normas comunitarias⁶²⁰. Así, se ha advertido que la disposición española no solo pretende una solución conflictual que difiere de lo establecido en el artículo 8 RRI, sino que su tenor literal contraviene el principio de

⁶¹⁵ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 135-136.

⁶¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: "La aplicación del derecho del trabajo...", ob. cit.

⁶¹⁷ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., pp.113-114.

⁶¹⁸ LLOBERA VILA, Mireia: "El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional". *Revista de derecho social*. 2016, N.º 73, p. 141.

⁶¹⁹ LLOBERA VILA, Mireia: "El artículo 1.4 ET...", ob. cit., p. 141.

⁶²⁰ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: "De nuevo sobre la aplicabilidad (o no) del artículo 1.4 del Estatuto de los trabajadores", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATAGUI POLO, María: *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 138-139.

no discriminación por razón de nacionalidad establecido en el artículo 45 TFUE⁶²¹. Por esa razón, y en cuanto el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se vería vulnerado si al invocar el artículo 1.4 ET como regla de conflicto resultare la aplicación de distintas legislaciones debido a la nacionalidad de las partes⁶²² se ha sostenido que su eventual aplicación implicaría la extensión de su aplicación a ciudadanos comunitarios de otras nacionalidades⁶²³.

Con la salvedad de su aplicación con las correcciones antes señaladas, entendemos que el artículo 1.4 aún puede ser útil como una norma de cierre del sistema, en el acotado ámbito temporal en que opera y con las limitaciones derivadas de sus escasos puntos de conexión. En todo caso, entendemos que en no mucho tiempo este debate perderá sentido ante la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo a los cuales la disposición puede resultar aplicable.

3.4. Competencia judicial internacional y legislación aplicable en supuestos de expatriación a terceros Estados.

En contraposición a lo expuesto hasta ahora, una expatriación a países no signatarios de un convenio de determinación de legislación aplicable no cuenta con las garantías que otorgan las normas comunitarias de derecho internacional privado en esta materia. Si bien la relación laboral se establece y se desarrolla entre privados –y, en ese sentido, podría pactarse por las partes la aplicación de la legislación española al contrato de trabajo– innegables razones de orden público del lugar de destino podrían tener como consecuencia la aplicación ineludible de la legislación del Estado al cual la persona trabajadora ha sido expatriada⁶²⁴.

⁶²¹ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “De nuevo sobre la aplicabilidad...”, ob. cit., pp. 130-131.

⁶²² SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado estatal a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (director): *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces españoles. Cuadernos de Derecho judicial*. 1997, N.º 1, p. 347.

⁶²³ LLOBERA VILA, Mireia: “El artículo 1.4 ET...”, ob. cit., p. 148.

⁶²⁴ Esta situación se encuentra prevista por el artículo 9.3 del Reglamento Roma I, que dispone el respeto a las leyes de policía del país en que deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato, en cuanto tales normas hagan ilegal la ejecución del contrato.

En nuestra opinión, a la relación laboral que se ejecute temporalmente en un tercer Estado sí podrían aplicarse las normas españolas y las disposiciones del respectivo convenio colectivo aplicable al contrato de trabajo, en cuanto se respetasen las normas de policía de dicho Estado y dentro de los márgenes que permitiera su ordenamiento jurídico⁶²⁵. En abstracto, entendemos que, a efectos de su aplicación en un tercer Estado, las normas españolas no podrían ser contrarias a las normas locales y deberían superar los estándares establecidos por aquellas. Debe hacerse presente, como hemos señalado en capítulos anteriores, que existen algunos convenios colectivos que limitan su ámbito de aplicación al territorio español⁶²⁶, lo cual supone una dificultad añadida a efectos de justificar su aplicabilidad a prestaciones laborales que se ejecutan en otros países. Si bien el derecho de la Unión Europea admite –más bien, exige– su aplicación ultraterritorial a través de la Directiva 96/71/CE si los convenios colectivos establecen condiciones laborales más favorables para la persona trabajadora desplazada, la justificación de la aplicación de estos convenios en terceros Estados exige otro tipo de argumentos. En ese sentido, entendemos que mientras se pueda sostener que el lugar de trabajo habitual continúa estando ubicado en España o si la regla de los vínculos más estrechos permite determinar que la legislación aplicable es la española, dichos convenios colectivos serían aplicables por formar parte del ordenamiento jurídico español. No obstante, reconocemos que únicamente podría arribarse a tal conclusión en el marco de un conflicto judicializado ante órganos jurisdiccionales que deban aplicar el RRI o bien el Convenio de Roma.

A propósito de la competencia judicial internacional, debemos señalar que las normas para su determinación se sitúan en un estadio un poco más avanzado, pues a las normas comunitarias han de añadirse los convenios internacionales, que amplían a algunos terceros Estados el ámbito territorial que cuenta con regulación al respecto. No obstante, es patente la ausencia de tratados en esta materia con importantes bloques económicos en Asia y América.

⁶²⁵ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “De nuevo sobre la aplicabilidad...”, ob. cit., p. 126.

⁶²⁶ *Vid.* Capítulo II, epígrafe 1.2. “La autonomía colectiva como fuente reguladora de la movilidad geográfica y la expatriación”.

Como ya se ha señalado, un análisis de la determinación de competencia judicial internacional y la ley aplicable a nivel global no resulta posible, pues, en el exterior de la Unión Europea, los intentos por unificar reglas de conflicto mediante tratados internacionales no han tenido un éxito asimilable a los esfuerzos comunitarios. De esta manera, en el supuesto de interposición de demanda en un país con el que no se ha suscrito un Convenio en materia de determinación de legislación aplicable, los órganos jurisdiccionales locales no estarían obligados a la aplicación de derecho extranjero, salvo que las normas de conflicto locales diesen valor al *pactum de lege utenda*. En consecuencia, al no ser aplicable el RRI, podría eludirse el respeto a ciertos derechos laborales que la persona trabajadora ostentaba en el Estado de envío.

A *contrario sensu*, el RRI sí resultaría aplicable en el supuesto de un conflicto judicializado ante los juzgados y tribunales españoles, en caso de que éstos resultaren competentes según las reglas de competencia judicial comunitarias⁶²⁷. Aplicación que no aseguraría, en cualquier caso, la resolución de un eventual conflicto conforme a las normas de la legislación española, toda vez que la legislación aplicable ha de determinarse según las reglas de conflicto del RRI, que en su artículo 2 establece su aplicación universal⁶²⁸.

Frente a estas circunstancias, tal como hemos señalado anteriormente, ciertas modalidades de expatriación que debilitan el vínculo originario en España –como por ejemplo la extinción del contrato original o la solicitud de excedencia voluntaria–, podrían traer consigo la pérdida de la condición de situación privada internacional de la relación laboral, con la consecuencia de la localización del contrato y la aplicación total de la legislación laboral del Estado de destino. Como se ha señalado, estas modalidades de expatriación diluyen la concepción de la expatriación como una movilidad geográfica de carácter temporal, circunstancia

⁶²⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 211.

⁶²⁸ Artículo 2 Reglamento (CE) N.º 593/2008: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

que también podría incidir en la consideración del territorio español como lugar de trabajo habitual.

Desafortunadamente, la propia noción de soberanía, así como la naturaleza y características de los sistemas jurídicos, impiden la resolución de las dificultades que plantea, desde la perspectiva del derecho internacional privado, la expatriación con destino extracomunitario. Si bien se ha sugerido la posibilidad de invocar convenios internacionales –cuando han sido suscritos– para garantizar al menos la igualdad de trato entre las personas trabajadoras expatriadas y las personas trabajadoras que prestan servicios Estado de destino⁶²⁹, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la igualdad en las condiciones laborales en relación con los trabajadores y trabajadoras locales no sería suficiente para salvaguardar las condiciones laborales que una persona trabajadora expatriada desde un país de la Unión Europea disfrutaba en dicho Estado miembro.

4. La situación del Reino Unido en su nuevo estatus de tercer Estado.

Tras la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, con efectos en la medianoche del 31 de enero de 2020, este Estado pasó a tener el estatus de un tercer país con respecto al acervo comunitario. Desde el día 1 de febrero de 2020 el derecho de la Unión dejó de aplicarse en el territorio del Reino Unido, comenzando a regir en su reemplazo el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, «Acuerdo de Retirada»). Ratificado *in extremis* –la Unión Europea

⁶²⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 211.

aprobó el texto el 30 de enero de 2020⁶³⁰– el Acuerdo de Retirada estableció el denominado «periodo transitorio», que finalizó el 31 de diciembre de 2020⁶³¹.

En lo que se refiere a las normas sobre competencia judicial y determinación de legislación aplicable, los artículos 66 letra a) y 67.1 letra a) del Acuerdo de Retirada disponen que tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento de Bruselas I-bis serían aplicables a los contratos celebrados en el periodo transitorio, así como también a los procedimientos incoados en dicho periodo y a aquellos relacionados por causa de litispendencia y/o conexidad⁶³². En su calidad de derecho comunitario, la Directiva 96/71/CE dejó de regir en el Reino Unido a partir del 1 de febrero de 2020, si bien el Acuerdo de retirada mantuvo en vigor de su artículo 6, respecto de los procesos incoados en el periodo transitorio o aquellos relacionados por litispendencia y/o conexidad, en cuanto se trataba de una norma de competencia judicial.

En cuanto no existe una norma que disponga lo contrario, el Reglamento Roma I no se aplicará a los contratos que se celebren en el Reino Unido a partir del 1 de enero de 2021, pero, en virtud de la aplicación universal del RRI, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que sean competentes para conocer del asunto sí podrían determinar que la legislación aplicable es la del Reino Unido. Una apreciación similar se puede manifestar en relación con las normas de determinación de competencia judicial internacional, pues en virtud de las

⁶³⁰ Artículo 1 de la Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica: “El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido [...] queda aprobado en nombre de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica”.

⁶³¹ Artículo 126 del Acuerdo de Retirada: “Se establece un período transitorio o de ejecución, que comenzará en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo y finalizará el 31 de diciembre de 2020”.

⁶³² Artículo 66 del Acuerdo de Retirada: “En el Reino Unido, los siguientes actos se aplicarán como sigue: a) el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicará respecto de los contratos celebrados antes del final del período transitorio”.

Artículo 67.1 letra a) del Acuerdo de Retirada: “En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [...] se aplicarán los actos o disposiciones siguientes:

a) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (UE) n.º 1215/2012.

b) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (UE) 2017/1001, del Reglamento (CE) n.º 6/2002, del Reglamento (CE) n.º 2100/94, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

disposiciones del Reglamento de Bruselas I-bis, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrían declinar su competencia por estimar competentes a los tribunales del Reino Unido.

En la actualidad, el Acuerdo de Comercio y Cooperación celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido, en vigor desde el 1 de mayo de 2021, norma coetánea al Acuerdo de Retirada y que se refiere a la nueva relación comercial y cooperación entre ambos⁶³³, aborda ciertos aspectos en materia de extranjería y coordinación de la seguridad social, más no aporta soluciones para la determinación de competencia judicial y legislación aplicable.

En España, el Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre⁶³⁴ –norma dictada para afrontar las consecuencias del fin del periodo transitorio establecido por el Acuerdo de Retirada–, se refiere en su artículo 6 al «régimen transitorio aplicable a los trabajadores desplazados», a partir del día 1 de enero de 2021⁶³⁵. Con respecto a la legislación aplicable, el precepto impone la aplicación de la norma de

⁶³³ PASTOR PALOMAR, Antonio: “Análisis normativo post-Brexit para las empresas españolas”. La Ley Unión Europea. Febrero 2022, N.º 100 [edición electrónica].

⁶³⁴ Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

⁶³⁵ Artículo 6 del Real Decreto-ley 38/2020: “1. Las empresas establecidas en España que el 1 de enero de 2021 tengan trabajadores desplazados temporalmente al Reino Unido o Gibraltar de conformidad con la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deberán seguir aplicando la legislación del Reino Unido de transposición de la citada Directiva durante el periodo de desplazamiento de los mismos.

2. Esta previsión solo será aplicable en caso de que se reconozca por parte de las autoridades competentes un tratamiento recíproco a los trabajadores que estén desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar de conformidad con la Directiva 96/71/CE.

3. Los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar que hayan sido desplazados a España en el marco de una prestación de servicios con anterioridad al 31 de diciembre de 2020 podrán, a partir del 1 de enero de 2021, permanecer en España para la prestación de dicho servicio hasta que concluya la duración prevista del desplazamiento que fue comunicado a la autoridad laboral correspondiente. A tal fin, no será necesario obtener una autorización previa de residencia y trabajo.

Lo establecido en este apartado se encuentra condicionado a la concesión de un tratamiento recíproco por las autoridades competentes, en los términos previstos en el artículo 3.1.

4. En aquellos supuestos en los que, habiéndose iniciado el desplazamiento antes del 31 de diciembre de 2020, se quiera extender la duración inicialmente prevista del desplazamiento, será necesario obtener una autorización previa de residencia y trabajo, conforme a lo previsto en la normativa de extranjería, no siendo exigible la obtención de visado. Esta autorización será solicitada por la empresa establecida en España a favor del trabajador desplazado y no será de aplicación la situación nacional de empleo.

5. Los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar que sean desplazados a España a partir del 1 de enero de 2021 deberán obtener los preceptivos visados o autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la normativa de extranjería española sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido”.

transposición de la Directiva 96/71/CE en el Reino Unido a las empresas españolas que tengan personas trabajadoras desplazadas en el Reino Unido o Gibraltar, bajo la condición de que se reconozca por el Reino Unido un trato recíproco a los desplazados por sus empresas a España. Además, en el caso de los desplazamientos a España realizados a partir del 1 de enero de 2021, se exigirá visado y permiso de residencia y trabajo a las personas trabajadoras desplazadas desde el Reino Unido.

Como es posible advertir, la regulación efectuada por España en materia de movilidad geográfica internacional es muy acotada, pues solo se refiere a la situación de las personas trabajadoras desplazadas, sin aludir a otras formas de movilidad. Pero, en efecto, dicha moderación es coherente con lo señalado en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 38/2020, en cuanto se declara que el objetivo de la norma es establecer medidas temporales que contrarresten los efectos no deseados del fin del periodo transitorio, sujeta a la adopción de las normas comunitarias pertinentes.

Desafortunadamente, no se avizoran soluciones en el ámbito europeo a corto plazo. Algunos sostienen que la ausencia de regulación en materia de derecho internacional privado podría ser franqueada mediante la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano II de 2007 mientras se negocia un acuerdo bilateral con la Unión Europea⁶³⁶. Pese a que existen instrumentos para salvar la situación de incertidumbre actual, éstos se enfrentan no solo a la dificultad de que el Reino Unido acepte someterse a la jurisdicción del TJUE⁶³⁷, sino también al hecho que el Convenio de Lugano II no se ha actualizado a la par que su homólogo comunitario, de modo que una eventual adhesión no restituiría a las partes a la exacta situación anterior. Debido a lo señalado, es posible afirmar que, en lo que a derecho internacional privado se refiere, el peor escenario que podía preverse en la época del referéndum que dio lugar al *brexit* ya es realidad.

⁶³⁶ CORTESE, Bernardo: "Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: "how can i just let you walk away?" *Cuadernos de derecho transnacional*. 2021, Vol. 13, N.º 1, p. 177.

⁶³⁷ CORTESE, Bernardo: "Brexit e diritto internazionale privato...", ob. cit., p. 177.

CAPÍTULO IV. Las normas extranjeras aplicables a la persona trabajadora expatriada.

1. El país de destino como factor determinante de las normas aplicables al episodio de expatriación.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, el Reglamento (CE) 593/2008 o «Reglamento Roma I» explicita que la prestación temporal de servicios en otro Estado no modifica el lugar habitual de trabajo, de manera que la legislación aplicable será por lo general –y salvo pacto válido en contrario de las partes– la del lugar habitual de prestación de servicios⁶³⁸. En consecuencia, en los supuestos de expatriación de una persona trabajadora que presta servicios en España, el lugar habitual de trabajo se encontrará en el territorio español, de manera que la legislación aplicable de acuerdo con el RRI será la legislación española, conformada también por las normas de Derecho comunitario transpuestas a su ordenamiento y las que se encuentren establecidas en Reglamentos comunitarios.

Según se examinará, la figura de la expatriación con destino a un Estado miembro de la Unión Europea o perteneciente al Espacio Económico Europeo, esto es, la «expatriación intracomunitaria», encuentra su principal regulación en la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶³⁹. En términos generales, esta normativa específica no solo

⁶³⁸ En todo caso, si hasta el momento de la expatriación toda la relación laboral se ha desarrollado en España, la elección por las partes de una legislación distinta a la española únicamente será válida si sus normas son más favorables al trabajador que las normas aplicables en defecto de elección. Como hemos visto en el capítulo anterior, dado que las reglas de determinación de legislación aplicable están referidas al lugar en que se ejecuta habitualmente el trabajo, el lugar de celebración del contrato y la regla de los vínculos más estrechos o conexiones más significativas con algún país. En principio, en un supuesto como el que se señala, todos los criterios conducirían a entender que la legislación aplicable debe ser la española, de manera que podría resultar sospechoso un pacto que determinase la aplicación de otra legislación. Ello, con independencia del respeto a las leyes de policía del Estado de destino.

⁶³⁹ Como sostienen DEL REY GUANTER, Salvador y LÁZARO SÁNCHEZ, José: “Ámbito aplicativo de la Ley”, ob. cit., pp. 43-44, aunque en la Directiva 96/71/CE no se alude a los países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ello no significa que la Directiva no les sea aplicable, pues en virtud del Acuerdo se extiende el mercado interior a dichos países. En efecto, la Directiva 96/71/CE regula el desplazamiento de trabajadores como consecuencia de la libre prestación de servicios y el artículo 37 del Acuerdo establece que “el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”.

complementa a las normas comunitarias referidas a la determinación de competencia judicial y legislación aplicable, sino que pretende la aplicación de la legislación más favorable a las personas trabajadoras desplazadas en territorio de la Unión Europea, con el objetivo de proteger sus condiciones de trabajo y, de esa manera, prevenir el dumping social entre Estados miembros. La aplicación de esta norma se complementa con una serie de Directivas que regulan las condiciones de trabajo protegidas por la Directiva 96/71/CE y que, a través de las normas de transposición en los Estados miembros, forman parte del estatuto jurídico de la persona trabajadora expatriada en el seno de la Unión Europea.

Por el contrario, la expatriación con destino a terceros Estados que no forman parte de la Unión Europea, denominada también «expatriación extracomunitaria», no dispone de un marco normativo supranacional que proporcione normas que regulen las condiciones de trabajo de la persona trabajadora expatriada durante la fase de expatriación. Teniendo en consideración que la eficacia de las normas jurídicas se circunscribe desde un punto de vista territorial al ámbito de poder de la autoridad que las dicta⁶⁴⁰, la aplicación de la legislación española no estaría garantizada, de manera que el tratamiento de la expatriación en el ámbito extracomunitario solo permite analizar qué normas internacionales podrían ser aplicables en dichos Estados.

Aunque su análisis excede el ámbito de este estudio, debemos hacer presente que el país de destino también debe considerarse un factor relevante desde la perspectiva de la Seguridad Social, pues en el ámbito de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza existen normas de coordinación de sistemas de Seguridad Social, en virtud de las cuales se determina el Estado competente en esta materia⁶⁴¹. En cambio, fuera de este ámbito debe atenderse a la existencia de

⁶⁴⁰ ESPINAR VICENTE, José: *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá, 2008, p. 26.

⁶⁴¹ Considerando 15 del Reglamento N.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social: “Es menester que las personas que circulan dentro de la Comunidad estén sujetas al sistema de seguridad social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar”.

un Convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social suscrito por España y el país de destino⁶⁴².

Sobre la base de estas consideraciones, el presente capítulo tratará la fase de desarrollo de la expatriación en lo que respecta a la determinación de las condiciones laborales de la persona trabajadora expatriada, haciendo referencia a las normas que regulan dichas condiciones y a su contenido, previa distinción, según su destino, entre la expatriación con destino a Estados miembros de la Unión Europea y el EEE y aquella que se realiza a terceros Estados.

2. Expatriación en el seno de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

2.1. La Directiva 96/71/CE como norma reguladora del régimen jurídico de la persona trabajadora expatriada en el ámbito comunitario.

Si la figura del desplazamiento de trabajadores es el único tipo de movilidad internacional regulada en el derecho comunitario que puede identificarse con las características de la expatriación en el ordenamiento español, de ello se deriva que el marco normativo de la expatriación intracomunitaria se identifica con la norma que regula este tipo de movilidad, esto es, la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Pese a que la Directiva 96/71/CE no regula todas las fases de la expatriación identificadas, ya que únicamente se refiere a su fase de desarrollo –esto es, el periodo de prestación de servicios efectivo en un Estado distinto a aquel que constituye el lugar habitual de trabajo– ésta proporciona certeza jurídica respecto a la legislación aplicable a las condiciones laborales del trabajador.

⁶⁴² SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 155.

Con respecto a la Directiva 96/71/CE, y en lo que se refiere a su trayectoria, es posible mencionar tres hitos en la evolución de las normas comunitarias en esta materia, que coinciden con la adopción de tres Directivas que regulan diversos aspectos relativos al desplazamiento de trabajadores.

En 1991, previendo que la libre circulación de servicios y personas estimularía la expatriación temporal de los trabajadores de empresas con presencia en varios Estados miembros⁶⁴³, la Comisión Europea propuso regular este tipo de movilidad internacional. En su documento de Propuesta, evidenciaba las importantes diferencias retributivas por hora de trabajo en distintos sectores y advertía que en el sector de la construcción existía un elevado número de personas trabajadoras desplazadas⁶⁴⁴. En atención a que las diferencias no solo alcanzaban al ámbito retributivo, sino que se extendían a otras condiciones consideradas relevantes, la Propuesta pretendía coordinar las legislaciones de los Estados miembros mediante la identificación de disposiciones imperativas a satisfacer en el país de acogida, con la finalidad de erradicar prácticas que pudiesen afectar la competencia en el mercado interno⁶⁴⁵.

Tras varios años de discusión, un primer hito se identifica con la aprobación en 1996 de la Directiva 96/71/CE (en adelante, «DDT»), la cual, mediante la regulación de la legislación aplicable a ciertas condiciones de la relación laboral internacionalizada, intentaba asegurar la competencia leal⁶⁴⁶ y evitar el dumping salarial, ya que se estaban utilizando las libertades comunitarias para movilizar

⁶⁴³ La STJCE *Asunto Rush Portuguesa*, de 27 de marzo de 1990 (C-113/89) evidenció la necesidad de establecer normas para regular esta situación. En este caso, la empresa Rush Portuguesa, establecida en Portugal, celebró un contrato con una empresa francesa para la construcción de una vía ferroviaria en Francia. Los trabajadores de Rush Portuguesa fueron movilizados hasta Francia, pero mantenían las condiciones laborales establecidas bajo la legislación portuguesa. Al respecto, el entonces TJCE determinó que el Derecho comunitario no se oponía “a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto” (apartado 18).

⁶⁴⁴ COM (91) 230 FINAL, p. 5.

⁶⁴⁵ COM (91) 230 FINAL, p. 13.

⁶⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?”. *Relaciones Laborales*. 2008, N.º 15/16 [edición electrónica].

preferentemente mano de obra desde Estados miembros con estándares laborales inferiores a otros con una legislación más protectora, lo cual suponía distorsiones en el mercado de estos últimos⁶⁴⁷. Asimismo, la norma establecía su revisión en un plazo de cinco años y disponía como plazo de transposición de la norma por los Estados miembros el día 16 de diciembre de 1999. En el caso de España, la transposición de la Directiva se realizó mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, norma que regula fundamentalmente la movilidad internacional temporal desde otros Estados miembros hacia este país.

Un segundo hito se relaciona con la entrada en vigor de la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE (en adelante, «Directiva de Refuerzo» o «DR»). En este caso, su aprobación tenía por objetivo el refuerzo en la protección de los trabajadores desplazados y la igualdad de condiciones para los prestadores de servicios, mediante la incorporación de más mecanismos de control por parte de los Estados miembros⁶⁴⁸. Entre las materias tratadas por la Directiva de Refuerzo se destacan las disposiciones para prevenir abusos y elusión de la normativa aplicable, la inclusión de normas que pretendían incrementar la cooperación administrativa, la creación de mecanismos de responsabilidad de los empresarios y la implementación de un sistema transfronterizo de ejecución de sanciones administrativas en materia de desplazamiento⁶⁴⁹. La Directiva de Refuerzo fue transpuesta al ordenamiento español por el artículo 6 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, el que, a su vez, introdujo modificaciones a la Ley 45/1999 para adaptarla a los términos de esta Directiva.

Si bien supuso un avance en la cooperación entre autoridades laborales, se ha sostenido que la Directiva de Refuerzo no se hizo cargo de las deficiencias detectadas en la DDT, tanto las que ya se advertían desde su entrada en vigor,

⁶⁴⁷ TORMOS PÉREZ, Juan: “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE”. Revista de información laboral. 2015, N.º 5 [edición electrónica].

⁶⁴⁸ Considerandos N.º 16 y N.º 17 de la Directiva 2014/67/UE.

⁶⁴⁹ TORMOS PÉREZ, Juan: “De nuevo sobre el desplazamiento temporal...”, ob. cit.

como las que se revelaron en su aplicación práctica⁶⁵⁰. Por otra parte, la tristemente célebre trilogía de sentencias del TJUE que interpretaban la DDT en el sentido de otorgar preeminencia a las libertades comunitarias frente al derecho fundamental a la negociación colectiva y la acción sindical, suscitó airadas críticas y reacciones de diversos sectores⁶⁵¹.

Tales reacciones no pasaron desapercibidas en el ámbito europeo y dieron lugar a un movimiento de revisión de la DDT, revisión que, de acuerdo con el plazo establecido por el artículo 8 de la norma comunitaria, se encontraba pendiente desde 2001. De acuerdo con la Propuesta de modificación, presentada en marzo de 2016, el objetivo de las reformas propuestas pretendía hacer frente a las prácticas desleales y promover el principio de igual remuneración, así como alcanzar una mejor coherencia con normas comunitarias adoptadas con posterioridad a la aprobación de la DDT⁶⁵².

El tercer hito al que hemos hecho referencia se identifica con dicho proceso de reforma, el cual culminó con la adopción de la Directiva (UE) 2018/957, que modificó la Directiva 96/71/CE y cuyo plazo de transposición finalizó el 30 de julio de 2020. La importante oposición a esta reforma, tanto de organizaciones patronales como de Estados miembros, se materializó en dos recursos de anulación de la Directiva (UE) 2018/957 interpuestos por Hungría⁶⁵³ y Polonia⁶⁵⁴, los cuales, al ser desestimados por el TJUE⁶⁵⁵, confirmaron el pleno vigor de sus

⁶⁵⁰ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional". *Revista de Derecho Social*. 2015, N.º 70, p. 153.

⁶⁵¹ Nos referimos a las sentencias *Viking*, *Laval* y *Rüffert*. STJUE *Asunto Viking*, 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), STJUE *Asunto Laval*, 18 de diciembre de 2007 (C-341/05) y STJUE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06).

⁶⁵² COM (2016) 128 FINAL, pp. 2-3.

⁶⁵³ STJUE de 8 de diciembre de 2020 (C-620/18).

⁶⁵⁴ STJUE de 8 de diciembre de 2020 (C-626/18).

⁶⁵⁵ Para VERSCHUEREN, Herwig: "The CJEU endorses the revision of the Posting of Workers Directive". *ERA Forum*, N.º 22, pp. 560-561, los argumentos de ambos recursos pueden resumirse en los siguientes: la elección de una base jurídica incorrecta y la infracción de la libre prestación de servicios, así como la infracción del artículo 153.5 TFUE, referido a la exclusión de las normas sobre regulación de remuneraciones de las competencias de la Unión Europea. En términos generales, el TJUE argumenta que el principal objetivo de la revisión de la Directiva es asegurar la libertad de prestación de servicios sobre bases justas, más específicamente para garantizar la competencia en condiciones equitativas. En lo que respecta a la infracción

disposiciones. En España, la Directiva de 2018 fue transpuesta por el título VI del Real Decreto-ley 7/2021, el cual, para adaptar las normas españolas a las nuevas disposiciones de la Directiva, introdujo modificaciones a la ya mencionada Ley 45/1999, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social y a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Tras esta breve revisión de la evolución de la regulación comunitaria, es posible señalar que la fase de desarrollo de la expatriación en el ámbito de la Unión Europea y el EEE desplazamiento de trabajadores está actualmente regulada por la nueva versión de la Directiva 96/71/CE –reformada por la Directiva de 2018– y la Directiva 2014/67/UE, que garantiza el cumplimiento de sus disposiciones. Las siguientes páginas estarán destinadas al análisis de estas normas.

2.1.1. Configuración general de la Directiva 96/71/CE en su actual redacción.

2.1.1.1. Finalidad de la Directiva y mecanismo para la determinación de la legislación aplicable.

Según declara la DDT, en la actual redacción de su artículo 1.1, esta norma comunitaria tiene por objetivo “garantizar la protección de los trabajadores desplazados durante su desplazamiento”.

Apartándose de la solución proporcionada por el Convenio de Roma –norma vigente en la época de su aprobación, que establecía como legislación aplicable la del lugar habitual de trabajo, distinto al lugar de desplazamiento temporal–, y con respecto a un conjunto de condiciones laborales denominado «núcleo duro de la relación laboral», la DDT pretende garantizar dicha protección estableciendo la aplicación a la relación laboral de la legislación del Estado miembro al que los trabajadores son desplazados («Estado de acogida»), en el caso que aquella sea

del artículo 153.5 TFUE, el TJUE sostiene que dicha disposición no se ha utilizado como base jurídica, por lo que no existe infracción a la misma.

más favorable que la legislación del Estado en que se encuentra el lugar habitual de trabajo («Estado de envío»).

Aunque los propósitos de la DDT en el ámbito económico no han sido relegados, tanto la declaración explícita del objetivo de garantizar la protección de los trabajadores desplazados, como la introducción de la denominada «cláusula Monti»⁶⁵⁶ en el artículo 1.1 *bis*⁶⁵⁷ –ambas fruto de las modificaciones a la DDT por la Directiva de 2018– dan cuenta del intento de imprimir un carácter social a la norma comunitaria, carácter que no resultaba tan claro en la redacción original. En efecto, en cuanto el artículo 1.1 *bis* declara la no afectación por la DDT de los derechos fundamentales a la huelga y a la negociación colectiva, resulta evidente la intención del legislador europeo de apaciguar las críticas a las sentencias del TJUE que otorgan preeminencia a las libertades comunitarias en detrimento de estos derechos. No obstante, el hecho de que en los considerandos de la Directiva de 2018 se reconozca a estas sentencias como «jurisprudencia consolidada», sumado que las bases jurídicas que sustentan las libertades comunitarias y los derechos fundamentales no han experimentado variación⁶⁵⁸, son aspectos que permiten cuestionar su real trascendencia.

2.1.1.2. Ámbito objetivo de la Directiva.

En términos generales, la DDT se aplica a relaciones laborales ya existentes, en las que una empresa ha de trasladar temporalmente a una persona trabajadora a

⁶⁵⁶ Recibe este nombre por Mario Monti, economista italiano que ejerció como Comisario del Mercado Interior y de la Competencia, en cuyo informe se basó la propuesta de adopción de un Reglamento que pretendía regular el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el marco de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. La propuesta fue retirada y el Reglamento nunca se materializó, pero el actual artículo 1.1 *bis* de la Directiva 96/71/CE guarda muchas similitudes con el artículo 1 de dicha propuesta de Reglamento.

⁶⁵⁷ El nuevo artículo 1.1 *bis* de la DDT, dispone que: “La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales”.

⁶⁵⁸ LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/CE a través de la Directiva (UE) 2018/957”. *Ciudad del Trabajo*. 2018, N.º 11, p. 68.

otro Estado miembro, en el contexto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de obra o servicio con un tercero⁶⁵⁹.

Antes de comenzar el análisis del ámbito objetivo de la DDT, debemos señalar que la Comisión Europea ha aclarado que los viajes de personas trabajadoras a otro Estado miembro por razones laborales, en supuestos tales como viajes de negocios, asistencia a conferencias o cursos de formación no tienen la consideración de desplazamiento⁶⁶⁰. En atención a que este tipo de actividades sí constituyen una prestación de servicios de estos trabajadores para la empresa con la cual tienen una relación laboral, entendemos que la Comisión Europea ha querido decir que en estos supuestos los viajes al extranjero no tienen causa en el ejercicio por la empresa empleadora de la libre prestación de servicios. Y desde esta perspectiva, tiene sentido que no se aplique la DDT a este tipo de misiones en el extranjero por no existir peligro de dumping social, pues tales viajes no tienen por finalidad llevar a cabo un servicio para otra empresa.

Asimismo, se requiere que exista un vínculo suficiente con el Estado de acogida: a modo de ejemplo, el TJUE ha determinado que no son trabajadores desplazados las personas trabajadoras que prestan servicios en trenes internacionales, en cuanto éstos inician o terminan su servicio en el Estado miembro en que está establecida la empresa⁶⁶¹.

Pese a que la noción de desplazamiento es el eje de la norma comunitaria y constituye un requisito para su aplicación, la DDT omite proporcionar una definición, circunstancia que deriva en la aparición de ciertas zonas grises, las que pueden conducir a la creación de escenarios ficticios, según convenga o no la aplicación de la DDT⁶⁶². Por esta razón, una de las finalidades de la aprobación de la Directiva

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El caso Rüffert...”, ob. cit.

⁶⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. Practical guide on posting workers. 2019, p. 7. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=21472&langId=en> Fecha de última consulta: 02 de diciembre de 2021

⁶⁶¹ STJUE *Asunto Dobersberger*, 19 de diciembre de 2019 (C-16/18), apartados 35 y 36.

⁶⁶² CAIRÓS BARRETO, Dulce: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en

de Refuerzo era combatir la utilización de falsos desplazamientos para eludir las normas laborales de los Estados miembros, argucia que se identifica principalmente con las «*letter box companies*» o «empresas buzón», esto es, empresas constituidas o establecidas en un Estado miembro en el cual no tienen actividad económica real o sustantiva. En concreto, a través de la constitución de «empresas buzón», se pretende obtener beneficio de los costes fiscales o de Seguridad Social más bajos en el Estado de establecimiento, así como de condiciones laborales más precarias, simulando un desplazamiento de las personas trabajadoras desde el Estado de establecimiento ficticio al lugar real de prestación de servicios⁶⁶³⁻⁶⁶⁴.

Para cumplir su propósito de control del cumplimiento de la DDT, la Directiva de Refuerzo estableció una serie de indicios que permitirían a las autoridades competentes identificar un desplazamiento real, en el contexto de las inspecciones que estas deben efectuar. Estos indicios pueden condensarse en dos grupos de elementos: (i) la realización de actividades sustantivas en el Estado de envío, y; (ii) la temporalidad de la prestación de servicios en un Estado miembro distinto al lugar de trabajo habitual⁶⁶⁵.

En lo que se refiere a las actividades significativas, la verificación de este elemento tiene por objetivo identificar a potenciales «empresas buzón». Al respecto, el artículo 4.2 de la Directiva de Refuerzo establece elementos de valoración tales

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 127.

⁶⁶³ Según señala PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores. Trabajo y Derecho. 2015, N.º 3 [edición electrónica], “lo que suelen buscar estas empresas fraudulentas es precisamente la aplicación de la Directiva 96/71/CE [...] con el propósito de huir del Derecho nacional del país al que van a trabajar. Así, si se les aplica la Directiva 96/71/CE, si bien tienen que cumplir las normas mínimas imperativas de aplicación territorial de su artículo 3 (salario, entre otras), se podrían beneficiar en otras áreas como, por ejemplo, logrado unos costes de Seguridad Social muy inferiores a los del Estado anfitrión”.

⁶⁶⁴ A modo de ejemplo, piénsese en una empresa de transporte por carretera constituida en Bulgaria, pero cuya actividad económica sustancial se realice en España. Esta «empresa buzón» tributaría en Bulgaria, tendría a sus trabajadores asegurados en Bulgaria y, con independencia de que –en el mejor de los casos– a sus trabajadores “desplazados” a España se les aplicaran ciertas condiciones laborales según la legislación española, el resto de sus condiciones continuarían rigiéndose por la legislación búlgara, que regulará cuestiones tan importantes como su contratación o el despido.

⁶⁶⁵ LLOBERA-VILA, Mireia: “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 51.

como el lugar en que la empresa realiza su actividad fundamental y emplea personal administrativo, el número de contratos celebrados o el volumen de negocios en el Estado de establecimiento o el Derecho aplicable a los contratos que la empresa celebra con sus clientes⁶⁶⁶. Pese a la introducción de estos criterios para combatir el fraude y la evasión de la DDT, los controles preventivos de la Directiva de Refuerzo parecen una mera declaración de intenciones: como veremos al tratar las medidas de control instauradas por la Directiva de Refuerzo, el TJUE sugiere evitar procedimientos de inspección que puedan considerarse desproporcionados⁶⁶⁷, por lo que la potencial utilidad de estos indicios queda mermada.

En cuanto al requisito de la temporalidad del desplazamiento, debemos señalar que, en su redacción original, la DDT omitió establecer un límite temporal máximo, característica que se ha mantenido con la entrada en vigor de la Directiva de 2014 y las reformas efectuadas por la Directiva de 2018⁶⁶⁸. La ausencia de límites no solo produce inseguridad jurídica, sino que dificulta la identificación de la falta de integración al mercado de trabajo en el Estado de destino que caracteriza al desplazamiento⁶⁶⁹. No obstante, algún autor justifica la omisión de un límite

⁶⁶⁶ Artículo 4.2 de la Directiva 2014/67/UE: A fin de determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna, las autoridades competentes realizarán una evaluación global de todos los elementos fácticos que, teniendo en cuenta un marco temporal amplio, caracterizan las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado miembro de acogida. Estos elementos podrán incluir, en particular, los siguientes:

- a) el lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, si procede, posee una licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes de acuerdo con la normativa nacional;
- b) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza;
- c) el Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro;
- d) el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo;
- e) el número de contratos celebrados o [el] volumen de negocios obtenida en el Estado miembro de establecimiento, o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas y PYME de reciente creación”.

⁶⁶⁷ LLOBERA-VILA, Mireia: “Evolución normativa de la regulación comunitaria...”, ob. cit., p. 54.

⁶⁶⁸ La Propuesta de modificación de 2016 planteaba que una vez que se alcanzasen los 24 meses de desplazamiento, se consideraría que el lugar de trabajo habitual sería el Estado a cuyo territorio hubiese sido desplazada la persona trabajadora. No obstante, esta solución fue descartada en la versión aprobada de la Directiva 2018/957/UE.

⁶⁶⁹ RIBES MORENO, María: “El concepto de trabajador temporalmente desplazado”, ob. cit., p. 103.

temporal en las dificultades de encontrar plazos de aceptable aplicación general⁶⁷⁰ o bien, en el peligro que la manipulación de los plazos concretos puede comportar para la parte contratante más débil⁶⁷¹. A nuestro parecer, es más plausible que el legislador europeo interpretase la introducción de un límite temporal al desplazamiento como una restricción a la libre prestación de servicios.

Al igual que con los indicios de actividades sustantivas en el Estado de acogida, el artículo 4.3 de la Directiva de Refuerzo menciona, como elementos que permitirían determinar la temporalidad de la prestación en cada caso concreto, circunstancias tales como la fecha de inicio del desplazamiento, el desplazamiento a un Estado distinto del lugar de trabajo habitual, la previsión de regreso al Estado de envío o periodos previos en que el puesto de trabajo en el Estado de destino haya sido ocupado por la misma persona u otro trabajador desplazado, entre otras⁶⁷². Mientras que unos indicios están más ligados a la noción de desplazamiento que al elemento de temporalidad, otros están relacionados con la determinación del lugar habitual de trabajo y, en ese sentido, coincidimos con quien sostiene que, pese al afán en la redacción de esta norma, el esfuerzo interpretativo necesario para entender que existe o no temporalidad se mantiene intacto⁶⁷³, pues se trata de referencias circulares.

⁶⁷⁰ GÁRATE CASTRO, Javier: "La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE", ob. cit., p. 21.

⁶⁷¹ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Reflexiones en torno a la noción de habitualidad...", ob. cit., p. 259.

⁶⁷² Artículo 4.3 de la Directiva 2014/67/UE: "Para determinar si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja, deberán examinarse todos los elementos fácticos que caracterizan esa labor y la situación del trabajador. Estos elementos podrán incluir, en particular, los siguientes:

- a) si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro;
- b) la fecha de inicio del desplazamiento;
- c) si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) no 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma;
- d) si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado;
- e) la naturaleza de las actividades;
- f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso;
- g) los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)".

⁶⁷³ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Reflexiones en torno a la noción de habitualidad...", ob. cit., p. 260.

Otro aspecto controvertido es la exigencia de una relación laboral previa al desplazamiento entre la empresa desplazante y la persona trabajadora desplazada, circunstancia que sería significativa en la determinación de un lugar habitual de trabajo distinto al Estado de acogida. A propósito de esta exigencia, debemos señalar que la doctrina española no es unánime. Un sector sugiere que la norma comunitaria exigiría haber prestado servicios en el Estado de envío con anterioridad al desplazamiento⁶⁷⁴, pero otros autores, por el contrario, sostienen que la DDT admitiría una contratación con el objeto de desplazar al trabajador o trabajadora⁶⁷⁵, destacando que la habitualidad está referida al mercado laboral del país en que está establecida la empresa⁶⁷⁶. Por otra parte, en apoyo de la denominada «contratación *ad hoc*»⁶⁷⁷, se plantea que la jurisprudencia comunitaria y las disposiciones de Seguridad social han determinado que en la actualidad se prescindiera del requisito de un vínculo previo, exigiéndose en cambio un vínculo orgánico con la empresa de envío durante el desplazamiento, cuya verificación dependerá de los órganos jurisdiccionales⁶⁷⁸.

En el entendido de que es la evolución en la interpretación de la norma la que ha llevado a la doctrina a una nueva concepción respecto a los presupuestos del

⁶⁷⁴ Entre otros, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 118-119, quienes sostiene que en los supuestos de contrataciones *ex novo* serán aplicables las reglas del Reglamento de Roma I; SALA FRANCO, Tomás y LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique: “Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 439 [edición electrónica], los cuales consideran como elemento significativo en el desplazamiento “la habitualidad del vínculo laboral”; SERRANO OLIVARES, Raquel: “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (Directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, p. 75, quien entiende que los supuestos de contratación para prestar servicios en el extranjero quedarían excluidos de la aplicación de la Directiva 96/71.

⁶⁷⁵ En este sentido, GÁRATE CASTRO, Javier: “La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE”, ob. cit., p. 23, LLOBERA VILA, Mireia: “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, p. 195, quien sostiene que la noción de movilidad en el empleo se ha superado en el momento en que la jurisprudencia, la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 883/2004 extienden sus efectos al «desplazamiento atípico», en el que se admite la contratación de trabajadores con el propósito de ser desplazados.

⁶⁷⁶ VILLA FOMBUENA, María: *La prestación de servicios transnacional: una nueva perspectiva de análisis*. Granada: Editorial Comares, 2018, p. 91.

⁶⁷⁷ VILLA FOMBUENA, María: *La prestación de servicios transnacional...*, ob. cit., p. 91.

⁶⁷⁸ LLOBERA VILA, Mireia: “El desplazamiento temporal de trabajadores...”, ob. cit., pp. 195-197.

desplazamiento de personas trabajadoras, suscribimos la segunda de estas posiciones. No solo coincidimos en la idea de que esta evolución da cabida a sectores en una situación más precaria, dada la temporalidad del vínculo, como es el caso de los trabajadores en misión desplazados por ETTs⁶⁷⁹. Además, en nuestra opinión, la contratación de una persona trabajadora para su inmediato desplazamiento no transforma automáticamente al Estado de acogida en lugar de trabajo habitual. Es más, la nueva redacción de la DDT, modificada por la Directiva de 2018, plantea también una evolución de la noción de desplazamiento en virtud de la cual, gradualmente, el Estado de destino puede convertirse en el lugar de trabajo habitual. Y por este motivo, nos parece que el hecho de que exista un vínculo orgánico con una empresa establecida en el Estado miembro de envío no es suficiente para determinar la aplicación de la DDT, pues en el momento en que pueda entenderse que el lugar de trabajo habitual ha cambiado, dicho vínculo perderá relevancia.

Si bien lo hemos adelantado en líneas anteriores, nos parece que el interés del legislador europeo de evitar una interpretación que pueda significar una restricción a la libertad de prestación de servicios a cualquier precio no ha permitido dar una real solución a las dificultades interpretativas que caracterizaban a la DDT. Lamentablemente, esta falta de compromiso en la adopción de una normativa que erradique efectivamente las malas prácticas, tiene como principales perjudicadas a las personas trabajadoras, potenciales sujetos de desplazamientos ficticios o que, en los hechos, no son temporales.

2.1.1.3. Ámbito personal de la Directiva.

Sobre la base de la adopción de una medida de desplazamiento, las personas físicas o jurídicas a quienes se aplica esta norma son tanto las personas trabajadoras que sean sujeto de una medida de movilidad en el seno de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo⁶⁸⁰, como las empresas que adopten la

⁶⁷⁹ VILLA FOMBUENA, María: *La prestación de servicios transnacional...*, ob. cit., pp. 102-103.

⁶⁸⁰ En relación con el concepto de persona trabajadora desplazada, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo I, apartado 2.1.2.5.

medida de desplazar al trabajador a un país extranjero en idéntico ámbito geográfico.

En cuanto a las personas trabajadoras, es importante reiterar que esta normativa no restringe su aplicación a los nacionales de los Estados miembros, pues sus disposiciones también resultan aplicables al desplazamiento por las empresas de personas trabajadoras nacionales de terceros países, con autorización para trabajar en los Estados miembros.

En lo que se refiere a la parte empleadora, la DDT es aplicable, en principio, a las empresas establecidas en un Estado miembro o en algún país que forme parte del EEE. Sin embargo, en cuanto dispone que las empresas establecidas en un tercer Estado no deben ser tratadas de manera más favorable, el artículo 1.4 DDT⁶⁸¹ admite en forma implícita que aquellas empresas también podrían adoptar una medida de desplazamiento de personas trabajadoras, si bien no especifica en qué supuestos sería posible. Cabe señalar que el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido contiene preceptos específicos para el desplazamiento de conductores, cuyo contenido es idéntico a la DDT⁶⁸². De ello se infiere que, si la DDT fuese aplicable a las empresas establecidas en un tercer Estado sin más requisitos, la incorporación de esas normas al Acuerdo no habría sido necesaria.

⁶⁸¹ Artículo 1.4 de la Directiva 96/71/CE: “Las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro”.

⁶⁸² A modo de ejemplo, el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, dispone en su artículo 4.1 de la Sección 2 del Anexo 31, sobre transporte de mercancías por carretera: “Cada una de las Partes velará por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, los transportistas de mercancías por carretera garanticen a los conductores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que estén establecidas en la Parte o, en el caso de la Unión, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, en relación con las materias siguientes:

- mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o
 - mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 4:
- a) los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso;
 - b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
 - c) la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias; esta letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;
 - d) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;
 - e) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y
 - f) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”.

En España, la Disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999⁶⁸³ acepta expresamente dicha posibilidad, pero condicionándola a que la prestación de servicios en España por tales empresas derive de la aplicación de un Convenio internacional. A la luz del ejemplo comentado en el párrafo anterior, la interpretación del artículo 1.4 DDT realizada por la norma de transposición española es, a nuestro entender, una interpretación coherente de la norma comunitaria en su conjunto. Lo anterior, sin perjuicio de que la exégesis realizada por otros Estados miembros en sus respectivas normas de transposición pueda plantear otras soluciones⁶⁸⁴.

2.1.1.4. Tipologías de desplazamiento contempladas por la Directiva.

Al tenor del artículo 1.3 DDT, las medidas de desplazamiento transnacional, que suponen la movilidad temporal de personas trabajadoras desde un Estado miembro a otro Estado de la Unión Europea o el EEE son: a) la movilidad de personas trabajadoras en el marco de un contrato de prestación de servicios entre la empresa empleadora del trabajador o trabajadora y la empresa destinataria de los servicios; b) la movilidad de la persona trabajadora a una empresa del grupo de empresas al que pertenezca su empleadora, y; c) la movilidad de la persona trabajadora a una empresa usuaria situada en otro Estado, por orden de una ETT o empresa de colocación.

Mientras los dos primeros supuestos no presentan cuestiones interpretativas de relevancia en el ámbito europeo, ni han experimentado variaciones a causa de la adopción de la Directiva de 2018, esta última norma sí ha introducido ciertos cambios en el tercer supuesto. En efecto, la nueva redacción pretende establecer

⁶⁸³ Disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999: “Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 de la presente Ley en la medida en que tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación”.

⁶⁸⁴ Tal como explica MARTIN, Phillipe: “La transposición al Derecho Francés de la Directiva 96/71/CE”, en GÁRATE CASTRO, Javier (Coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 111-112, la norma de transposición francesa de la DDT se aplica tanto a las empresas establecidas en territorio de la Unión Europea y el EEE, como a aquellas que están establecidas en un tercer Estado. Para adoptar una medida de desplazamiento a estas últimas se les exige proporcionar, a petición de la Inspección de trabajo, un documento emitido por el Estado de establecimiento que certifique su situación social en virtud de una convención internacional de seguridad social y en su defecto, un certificado del órgano francés competente de recaudar las cotizaciones sociales (la traducción de estos requisitos es nuestra).

claramente que la empleadora de las personas trabajadoras cedidas a una empresa usuaria es la ETT, sin perjuicio de que la norma comunitaria parece admitir que la empresa usuaria pueda ordenar válidamente el desplazamiento transnacional del trabajador⁶⁸⁵. La intención tras dicho esclarecimiento es que a las ETT o agencias de colocación les sean directamente aplicables los mecanismos de cumplimiento de la DDT, conforme a las disposiciones de la Directiva 2014/67/UE o Directiva de refuerzo⁶⁸⁶. En ese sentido, el considerando 13 de la Directiva de 2018 señala que los Estados miembros tienen la obligación de asegurarse de que la empresa usuaria informa oportunamente a la ETT sobre el desplazamiento de la persona trabajadora cedida, con el objetivo de que efectivamente se le apliquen las condiciones laborales de la legislación más favorable⁶⁸⁷.

Es preciso advertir que la norma comunitaria es absolutamente inespecífica respecto a la materialización de ese deber, al no establecer un plazo para la entrega de dicha información, ni una disposición expresa referida a que la información a la ETT debe efectuarse con anterioridad al desplazamiento. No obstante, un análisis sistemático del tenor esta norma y las previsiones de la Directiva (UE) 2019/1152 –referidas a la entrega de información adicional a las personas trabajadoras enviadas a otro Estado miembro– solo puede interpretarse en el sentido de que la ETT deber ser informada antes que se produzca el desplazamiento, pues solo así podría cumplir con su obligación de entregar información adicional a las personas trabajadoras cedidas y aplicarles las condiciones laborales más favorables del Estado al que han sido desplazadas.

De todos modos, entendemos que esta reflexión no aplica a un desplazamiento de personas trabajadoras cedidas por una ETT española. En efecto, al amparo de la

⁶⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 69.

⁶⁸⁶ LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 69.

⁶⁸⁷ Considerando 13 de la Directiva (UE) 2018/957: “La experiencia demuestra que los trabajadores que han sido puestos a disposición de una empresa usuaria por una empresa de trabajo temporal o una agencia de colocación son a veces enviados al territorio de otro Estado miembro en el marco de la prestación de servicios transnacional. Debe garantizarse la protección de estos trabajadores. Los Estados miembros deben asegurarse de que la empresa usuaria informe a la empresa de trabajo temporal o a la agencia de colocación sobre los trabajadores desplazados que trabajen temporalmente en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que trabajan habitualmente para la empresa de trabajo temporal, para la agencia de colocación o para la empresa usuaria, a fin de permitir que el empleador aplique, según proceda, las condiciones de trabajo que sean más favorables para el trabajador desplazado”.

legislación española no sería posible que la empresa usuaria efectuase una orden de desplazamiento, toda vez que el poder de dirección, en virtud del cual puede determinarse la movilidad geográfica internacional, está atribuido a la ETT. En el mismo sentido, la persona trabajadora solo podría pactar válidamente un desplazamiento con su empleadora, esto es, la ETT.

2.1.1.5. La superación de la discusión referida a la interpretación del Anexo de la Directiva 96/71/CE.

Hasta la reforma de 2018, el texto introductorio original del Anexo establecía que *“las actividades contempladas en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 3 comprenderán todas las actividades en el ámbito de la construcción...”*. Esta remisión al artículo 3.1 DDT fue entendida por la doctrina mayoritaria en España como una restricción de la aplicación de los convenios colectivos y laudos arbitrales como fuente reguladora, en el sentido de que la DDT únicamente autorizaba la aplicación de estos instrumentos en el sector de la construcción⁶⁸⁸. Sin embargo, otro sector de la doctrina razonó que la redacción del Anexo de la DDT podía interpretarse en el sentido que la garantía de la aplicación de la legislación del Estado de acogida al núcleo duro de condiciones laborales alcanzaba únicamente al sector de la construcción⁶⁸⁹.

Efectivamente, la interpretación sistemática de ambas disposiciones permitía alcanzar ambas conclusiones, pues el artículo 3.1 DDT, tanto en su versión original como en la actual, impone la aplicación de la legislación del Estado de acogida a las condiciones laborales que reconoce como núcleo duro de la relación laboral y establece el tipo de normas en que dichas condiciones pueden estar contenidas⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Entre otros, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: “Tráfico intracomunitario...”, ob. cit.; LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo y FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE”. *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 9 [edición electrónica]; LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 70; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El desplazamiento temporal de trabajadores...”, ob. cit.

⁶⁸⁹ LLOBERA-VILA, Mireia: “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 59-60.

⁶⁹⁰ Artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE en su primera versión: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato,

Así, el énfasis en una u otra parte de la disposición era determinante para su interpretación.

Con las modificaciones efectuadas por la Directiva de 2018, la nueva versión del texto introductorio del Anexo establece que *“las actividades contempladas en el artículo 3, apartado 2, incluirán todas las actividades en el ámbito de la construcción...”*⁶⁹¹. Como es posible advertir, se elimina la alusión al artículo 3.1 DDT, sustituyéndola por una referencia al artículo 3.2 DDT, relativo a la obligada aplicación de las garantías de la duración mínima de las vacaciones y de la remuneración en trabajos de montaje o primera instalación de bienes cuando se trata de actividades de construcción, con independencia de la duración del desplazamiento⁶⁹². A nuestro entender, el actual texto del Anexo debería interpretarse en el sentido de que concreta las actividades de la construcción a las que en cualquier caso se deben aplicar las garantías de las vacaciones y la

las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes:

— por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o
— por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8:

a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;

[...]

A los fines de la presente Directiva, la noción de cuantías de salario mínimo mencionada en la letra c) del párrafo primero se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado”.

⁶⁹¹ Anexo de la Directiva 96/71/CE en su nueva redacción: “Las actividades contempladas en el artículo 3, apartado 2, incluirán todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones y, en particular, las obras siguientes:

- 1) excavación,
- 2) nivelación,
- 3) construcción,
- 4) montaje y desmontaje de elementos prefabricados,
- 5) acondicionamiento o equipamiento,
- 6) transformación,
- 7) renovación,
- 8) reparación,
- 9) desmantelamiento,
- 10) derribo,
- 11) conservación,
- 12) mantenimiento (obras de pintura y limpieza),
- 13) saneamiento”.

⁶⁹² Artículo 3.2 de la Directiva 96/71/CE: “Las letras b) y c) del párrafo primero del apartado 1 no se aplicarán a los trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora, cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días.

Esta disposición no se aplicará a las actividades en el ámbito de la construcción mencionadas en el Anexo”.

remuneración, por lo que se ha convertido en una disposición complementaria del artículo 3.2 de la DDT. Aunque la norma de transposición española ya erraba al excluir de la aplicación de sus disposiciones a todos los desplazamientos de duración inferior a ocho días que no sean realizados por una ETT⁶⁹³, la nueva redacción hace patente dicho error.

Volviendo a la variación en la redacción del texto del Anexo, estimamos que ya no es posible sostener que la aplicación de los convenios colectivos y laudos arbitrales como fuente reguladora de condiciones laborales esté limitada a las actividades indicadas en el Anexo, o que la Directiva se aplique únicamente al sector de la construcción. En consecuencia, desde la entrada en vigor de las reformas de la Directiva de 2018, la DDT obliga, sin duda, a todos los sectores de la economía, entre los cuales se cuentan algunos supuestos del sector de transporte por carretera⁶⁹⁴. Por añadidura, y a tenor del artículo 1.2 DDT⁶⁹⁵, la única exclusión expresa establecida por la misma DDT es el personal navegante de la marina mercante.

En todo caso, debemos señalar que la norma de transposición española de la DDT había resuelto estas cuestiones, pues ya en su texto inicial –a fin de identificar las condiciones de trabajo previstas por la legislación española– hacía alusión expresa a los *“convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector*

⁶⁹³ Artículo 3.3 de la Ley 45/1999: “Las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario no serán de aplicación en los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.1.o cuya duración no exceda de ocho días”. La alusión al artículo 2.1.1 se realiza para identificar los supuestos de desplazamiento en ejecución de un contrato de prestación de servicios y circulación intragrupal internacional. A *contrario sensu*, el desplazamiento de personas trabajadoras cedidas por una ETT no está contemplado en esta excepción.

⁶⁹⁴ Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE se aplican al sector del transporte por carretera, tal como indica el considerando 7 de la Directiva (UE) 2020/1057, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71 y la Directiva 2014/67 para el desplazamiento de los conductores en el sector de transporte por carretera: “Con el fin de garantizar una aplicación eficaz y proporcionada de la Directiva 96/71/CE en el sector del transporte por carretera, es necesario establecer normas sectoriales específicas que reflejen las particularidades de la gran movilidad de los trabajadores en el citado sector y que ofrezcan un equilibrio entre la protección social de los conductores y la libertad de los transportistas para prestar servicios transfronterizos. Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE relativas al desplazamiento de trabajadores así como las disposiciones de la Directiva 2014/67/UE relativas al control de su cumplimiento se aplican al sector del transporte por carretera y deben supeditarse a las normas específicas fijadas en la presente Directiva”.

⁶⁹⁵ Artículo 1.2 de la Directiva 96/71/CE: “La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante”.

*o rama de actividad del que se trate*⁶⁹⁶, sin establecer diferencias entre sectores de actividad en relación con la aplicación obligatoria de sus disposiciones. Este precepto se conserva inalterado tras la entrada en vigor de la Directiva de 2018, confirmando así que la norma de transposición española, pese a algún error de transposición con escasa trascendencia, es desde sus orígenes un texto normativo a la vanguardia en la garantía de los derechos de las personas trabajadoras desplazadas.

2.1.1.6. La Directiva de desplazamiento de trabajadores, ¿una norma de estándares máximos de protección?

Durante la vigencia del texto original de la DDT, un sector de la doctrina científica advirtió que la doctrina jurisprudencial del TJUE, dictada con ocasión de la interpretación de esta norma, había convertido a la DDT en una norma de máximos no superables.

Al pronunciarse sobre el *Asunto Rüffert*, en el contexto de la determinación del salario garantizado a unos trabajadores desplazados a Alemania, el TJUE afirmó que el grado de protección exigible a las empresas que ejercían la libertad de prestación de servicios era el establecido expresamente por aquella norma comunitaria⁶⁹⁷. De tal manera, el TJUE sostuvo que todo nivel de protección que superase las previsiones establecidas por la DDT implicaba una restricción a la libertad de prestación de servicios⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Artículo 3.4 de la Ley 45/1999: “A los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”.

⁶⁹⁷ STJCE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06), apartado 31: “Más concretamente, dicha disposición [artículo 3.7 DDT] no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima [...]”.

⁶⁹⁸ STJCE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06), apartado 34: “En consecuencia, sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el grado de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de

A la luz de esta sentencia, se criticaba por algunos autores que el TJUE impidiese a los Estados miembros establecer protecciones nacionales reforzadas en lo que se refería a las condiciones laborales garantizadas a las personas trabajadoras desplazadas⁶⁹⁹. No se ponía en duda la posibilidad de añadir más condiciones laborales al «núcleo duro» de la relación laboral en la norma de transposición, pero entendían que una interpretación como la señalada vaciaba de contenido la posibilidad de mejorar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras desplazadas establecida por la propia norma comunitaria⁷⁰⁰.

En efecto, el texto original de la DDT omitía una referencia a su objetivo, si bien los considerandos que justificaban la adopción de la norma dejaban claro que su base jurídica era la libertad de prestación de servicios. En tales circunstancias, el TJUE interpretó que el objetivo de la DDT era la consecución de la libertad de prestación de servicios⁷⁰¹, pese a que existían otros considerandos que favorecían una interpretación diversa y que hacían referencia a la necesidad de adoptar medidas que aseguraran el respeto de los derechos de las personas trabajadoras⁷⁰². Asimismo, la redacción original de la DDT garantizaba únicamente “*las cuantías de salario mínimo*” establecidas en el Estado de acogida, de manera que podía ser discutible la intención del legislador comunitario de igualar los salarios percibidos por las personas trabajadoras desplazadas y quienes estaban integrados mercado de trabajo del dicho Estado.

origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición[...].”

⁶⁹⁹ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera): El caso Ruffert”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. 2008, Vol. 1, N.º 5 [edición electrónica]. Esta interpretación también fue suscrita por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”. *Revista Temas Laborales*. 2009, Vol. 2, N.º 100, Vol. 2, [edición electrónica].

⁷⁰⁰ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: “Desplazamiento transnacional...”, ob. cit.

⁷⁰¹ STJCE Asunto Ruffert, 3 de abril de 2008 (C-346/06), apartado 36: “Confirma dicha interpretación de la Directiva 96/71 la lectura de ésta a la luz del artículo 49 CE, ya que el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado”.

⁷⁰² Considerando 5 de la Directiva 96/71/CE: “Considerando que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores”.

Pese a coincidir con la argumentación de la doctrina científica en la época de vigencia de la versión original de la DDT, entendemos que su consideración como una norma de máximos ha sido superada con las modificaciones que introdujo la Directiva de 2018 y que, en su redacción actual, los operadores jurídicos deben volver a entenderla y tratarla como una norma de mínimos. En la actualidad, el nuevo texto de la norma explicita su objetivo: como hemos señalado previamente, el artículo 1.1 DDT dispone que la finalidad de la Directiva es la protección de las personas trabajadoras desplazadas en el ejercicio de la libre prestación de servicios, por lo que la jurisprudencia comunitaria no podría atribuirle como objetivo esta libertad comunitaria.

Además, a nuestro entender, la condición de trabajo que admitía diversos niveles de protección en forma más evidente era la garantía de percibir la cuantía del salario mínimo en el Estado de acogida, pero actualmente ha sido reemplazada por la garantía de “*la remuneración*”. Esta modificación en la redacción pretendía precisamente reemplazar la noción de salario mínimo por un concepto que ampliara su contenido, basándose –como veremos más adelante– en el principio de igual remuneración del mismo trabajo en un mismo lugar, intención de la que daba cuenta la Propuesta de modificación de la Directiva⁷⁰³. Frente a este elemento interpretativo auténtico, es muy difícil sostener en la actualidad que la nueva redacción del precepto no pretende la equiparación de los salarios en un lugar determinado. Por otra parte, la adición de la noción de igualdad de trato como fundamento de la garantía a ciertas condiciones de trabajo establecidas en el Estado de acogida, de acuerdo con el artículo 3.1 DDT, evidencia también una intención de equiparar las condiciones en que prestan servicios las personas trabajadoras desplazadas, que no concuerda con la idea de asegurar a éstas un nivel de protección diverso al de los trabajadores y trabajadoras del Estado de acogida.

En todo caso, emitimos esta opinión en un contexto en que aún no existen sentencias del TJUE referidas a estos aspectos, basadas en la nueva redacción de la DDT. Aunque por los argumentos expuestos entendemos que la doctrina *Rüffert*

⁷⁰³ COM (2016) 128 FINAL, p. 2

no puede mantenerse, la evolución histórica de la jurisprudencia comunitaria en esta materia no permite descartar que futuros pronunciamientos conserven forzosamente dicha interpretación.

2.1.2. Fuentes reguladoras de las condiciones laborales garantizadas por la Directiva 96/71/CE.

Las condiciones de trabajo garantizadas por la DDT a las personas trabajadoras desplazadas únicamente pueden estar contenidas en los instrumentos que esta norma establece, instrumentos a los que denominaremos fuentes reguladoras de las condiciones laborales. De acuerdo con el artículo 3.1 DDT, pueden ser fuentes reguladoras las normas legales, reglamentarias y administrativas vigentes en cada Estado miembro, así como también los convenios colectivos o laudos arbitrales, si bien estos últimos deben cumplir ciertos requisitos⁷⁰⁴.

El artículo 3.1 DDT exige, en principio, que los convenios colectivos o laudos arbitrales en que estén establecidas las condiciones laborales tengan aplicación universal, entendiendo por tales, a aquellos que, según el artículo 3.8 DDT, “deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trata correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos”⁷⁰⁵⁻⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes:
— por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o
— por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8 [...]”.

⁷⁰⁵ En el texto original de la Directiva 96/71/CE, el artículo 3.8 DDT definía qué debía entenderse por “convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general”, conforme a lo establecido en el artículo 3.1 DDT. Sin embargo, a partir las modificaciones realizadas por la Directiva de 2018, el artículo 3.1 DDT ahora se refiere a “convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal”, en circunstancias que el artículo 3.8 DDT, que aún define a las fuentes del artículo 3.1 DDT, no modificó la expresión «aplicación general», por «aplicación universal». Coincidimos con LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 73, quien sugiere que se trató de un error y que, en el artículo 3.8 DDT, donde dice «aplicación general», debe entenderse «aplicación universal».

⁷⁰⁶ En terminología española, los convenios o laudos de aplicación universal parecen ser equivalentes a los convenios sectoriales estatutarios de cualquier ámbito territorial.

Sin embargo, el sistema de fuentes reguladoras no se cierra con la aplicación de este tipo de convenios, pues el artículo 3.8 DDT⁷⁰⁷ añade que “*a falta de, o además de*” un sistema de declaración de aplicación universal, los Estados pueden basarse en: (i) convenios colectivos y laudos arbitrales de aplicación universal a la profesión o al sector, que correspondan según el ámbito territorial o; (ii) convenios colectivos celebrados por interlocutores sociales más representativos a nivel nacional y que sean «ampliamente» aplicados en el mismo nivel territorial. Mientras que la primera alternativa parece reiterar las fuentes reguladoras ya establecidas por el artículo 3.1 DDT, se ha sostenido que esta segunda alternativa puede ser la solución para los Estados que se enfrenten a la dificultad de equiparar las condiciones laborales garantizadas por la DDT, debido a la inexistencia de convenios de aplicación universal en su sistema de relaciones laborales⁷⁰⁸. En ese sentido, el TJUE recientemente ha determinado que la calificación de un convenio colectivo como fuente reguladora de la DDT ha de realizarse conforme al Derecho nacional aplicable⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE: “Por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos.

A falta de, o además de, un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en:

— los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos, o

— los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional siempre que su aplicación a las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garantice la igualdad de trato por lo que respecta a las materias enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 del presente artículo y, cuando proceda, con respecto a las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados de conformidad con el apartado 1 bis del presente artículo, entre dichas empresas y las demás empresas mencionadas en el presente párrafo que se hallen en una situación similar.

Hay igualdad de trato, en el sentido de lo dispuesto en el presente artículo, cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar:

— estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas a que se refiere el artículo 1, apartado 1, por lo que se refiere a las materias enumeradas en el apartado 1, párrafo primero del presente artículo, y, en su caso, con respecto a las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados de conformidad con el apartado 1 bis del presente artículo, y

— se les exija cumplan dichas obligaciones con los mismos efectos”.

⁷⁰⁸ SALA FRANCO, Tomás y LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique: “Evolución y aspectos críticos...”, ob. cit., p. 48

⁷⁰⁹ STJUE de 1 de diciembre de 2020 (C-815/18), apartados 69 y 70. Sostiene el TJUE: “si bien es cierto que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71 no alude expresamente al Derecho nacional, no es menos verdad que así sucede implícitamente, puesto que la citada disposición exige que el convenio colectivo en cuestión

Dado que la redacción original autorizaba a los Estados miembros, en las respectivas normas de transposición, a remitirse a esta segunda alternativa únicamente en ausencia del sistema de aplicación universal de convenios colectivos en el Estado de acogida, el texto actual abre una nueva posibilidad: a partir de una interpretación literal, se ha sostenido que los Estados ahora podrían optar por cualquiera de las dos alternativas, esto es, convenios colectivos y laudos arbitrales *ex. art. 3.1 DDT* y convenios colectivos y laudos *ex. art. 3.8 DDT*, o bien establecer la aplicación de ambas⁷¹⁰.

En efecto, la finalidad del texto original de la DDT al admitir la aplicación de convenios colectivos y laudos arbitrales con características distintas a aquellos aludidos en el artículo 3.1 DDT era permitir que los Estados miembros que no contaran con un sistema de relaciones laborales que estableciese la eficacia personal universal de los convenios colectivos, pudiesen acudir a otros instrumentos, a efectos de asegurar la igualdad de trato entre las personas trabajadoras que prestan servicios en ese Estado y las personas trabajadoras desplazadas⁷¹¹. De esa manera, los Estados miembros hoy pueden acudir a la posibilidad de aplicar los convenios establecidos por el artículo 3.8 DDT sin necesidad de que previamente se verifique la ausencia de un sistema de aplicación universal.

haya sido declarado de aplicación general. Pues bien, una declaración de ese tipo solo puede hacerse de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate.

La anterior afirmación se ve confirmada por el tenor literal del artículo 3, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 96/71. En efecto, al disponer que, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, los Estados miembros podrán basarse en los convenios colectivos que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos o en los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional, el legislador de la Unión se refería necesariamente a un sistema nacional”.

⁷¹⁰ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico”. 1 de mayo de 2021. Blog de Jesús Cruz Villalón. Disponible en: jesuscruzvillalon.blogspot.com Fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021. También LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., pp. 73-74.

⁷¹¹ VALVERDE ASENCIO, Antonio: “Cuantía mínima del salario”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, p. 109.

Otro aspecto controvertido es el ámbito de los convenios colectivos o laudos arbitrales, toda vez que la DDT exige que éstos tengan aplicación universal en el sector, o bien, sean de aplicación intersectorial en el ámbito territorial estatal. Dada la alusión al sector o profesión, es evidente que la DDT no alude a los convenios colectivos de empresa, pero cabe preguntarse si, a la luz de la norma de transposición española, éstos podrían ser considerados fuente reguladora de condiciones laborales respecto de las cuales tengan prioridad aplicativa⁷¹². En España, pese a su eficacia personal general, los convenios colectivos de empresa no cumplen el requisito de aplicación a un sector o rama de actividad⁷¹³ establecido por el artículo 3.4 de la Ley 45/1999, motivo por el cual algunos autores, al analizar la norma de transposición española, han entendido que este tipo de convenios no podría constituir fuente reguladora de condiciones laborales⁷¹⁴. Por el contrario, se ha sostenido que, en tanto el presupuesto de la DDT es la eficacia general, todo instrumento colectivo con dicha característica podría regular las condiciones laborales de los trabajadores desplazados⁷¹⁵.

Pese a que excluir a los convenios de empresa como fuente reguladora podría generar lagunas, nos parece que aquella es la interpretación correcta: no solo la avala el tenor literal del artículo 3.4 de la Ley 45/1999, sino también que el parámetro establecido por el artículo 3.8 DDT para determinar si existe igualdad de

⁷¹² Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y, en todo caso, a partir de enero de 2023, los convenios colectivos de empresa han perdido su prioridad aplicativa en materia de regulación de salario. En la actualidad, a nuestro entender, la problemática de su calificación como fuente reguladora de condiciones laborales se circunscribe a la prioridad aplicativa de “las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal” [artículo 84.2 letra e) del Estatuto de los Trabajadores] en relación con las condiciones relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación, a las que alude el artículo 3.1 letra g) de la Directiva 96/71/CE.

⁷¹³ Artículo 3.4 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: “A los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”.

⁷¹⁴ A esta conclusión arriban MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 193; GÁRATE CASTRO, Javier: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p.77, quien entiende que solo serían aplicables los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal.

⁷¹⁵ VALVERDE ASECIO, Antonio: “Cuánta mínima...”, ob. cit., p.111.

trato a los trabajadores desplazados es la comparación con otras empresas nacionales en situación similar⁷¹⁶. En cuanto el convenio de una empresa solo es aplicable a ésta, una comparación con otras empresas a las que no se aplique dicho convenio devendría imposible, pues las empresas no estarían sometidas a las mismas obligaciones.

En suma, cada Estado miembro o país signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo puede establecer su propio sistema de fuentes reguladoras de entre aquellas admitidas por la DDT. Así, a las normas legales, reglamentarias y administrativas vigentes se añadirán las normas convencionales o laudos arbitrales sectoriales de eficacia general y/o aquellos establecidos por el artículo 3.8 DDT, por lo que, en un supuesto concreto de expatriación, será necesario atender a las disposiciones de la norma de transposición de la DDT en cada Estado.

2.1.3. El núcleo duro de condiciones laborales garantizadas.

Como se ha adelantado al explicar su configuración general, la DDT constituye una excepción parcial a la solución que entrega el artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Esta última disposición establece que la prestación temporal de servicios en un país distinto no modifica el lugar habitual de trabajo, razón por la cual no se produce una modificación de la legislación rectora del contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 3.1 DDT⁷¹⁷ dispone la obligación de los Estados miembros de acogida de velar por que las empresas que desplacen trabajadores a su territorio

⁷¹⁶ Párrafo final del artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE: “Hay igualdad de trato, en el sentido de lo dispuesto en el presente artículo, cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar:

— estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas a que se refiere el artículo 1, apartado 1, por lo que se refiere a las materias enumeradas en el apartado 1, párrafo primero del presente artículo, y, en su caso, con respecto a las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados de conformidad con el apartado 1 bis del presente artículo, y

— se les exija cumplan dichas obligaciones con los mismos efectos”.

⁷¹⁷ Artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes:

— por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o

— por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8:

a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;

b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;

c) la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación;

garanticen la aplicación de un conjunto determinado de condiciones laborales establecidas en las fuentes reguladoras de su legislación laboral, sobre la base de la igualdad de trato, fundamento y principio rector de dicha garantía. Asimismo, el artículo 3.1 DDT debe relacionarse con el primer párrafo del artículo 3.7 DDT, el cual establece que tal obligación *“no impedirá la aplicación de condiciones de trabajo más favorables”*, de manera que, si las condiciones laborales del Estado de envío son más ventajosas para la persona trabajadora, prevalecerán éstas últimas.

De conformidad con las disposiciones de la DDT, se aplicará –en la medida que favorezca al trabajador desplazado– la legislación del Estado de acogida en lo que se refiere a un conjunto de condiciones de trabajo, denominadas «núcleo duro» de la relación laboral. Establece el artículo 3.1 DDT que estas condiciones de trabajo garantizadas son: (a) periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso; (b) duración mínima de vacaciones retribuidas; (c) la remuneración y el incremento por horas extraordinarias; (d) condiciones para la cesión de los trabajadores por empresas de trabajo temporal; (e) salud, seguridad e higiene en el trabajo; (f) medidas de protección a condiciones de trabajo de trabajadores especialmente protegidos; (g) igualdad de trato entre hombres y mujeres y normas referidas a la no discriminación; (h) condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador, e; (i) complementos o reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención. Nos referiremos a estas condiciones en particular en los siguientes epígrafes.

Con respecto a la técnica normativa del núcleo duro, se ha señalado que aquella supone una anomalía en relación con las reglas tradicionales de conflicto de leyes en el ámbito comunitario, ya que establece la aplicación imperativa de las normas del Estado de acogida, en circunstancias que la regla de base del Reglamento

d) las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal;

e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;

f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;

g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

h) las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual;

i) los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales [...].”

Roma I es el *pactum de lege utenda* (elección de ley rectora por las partes)⁷¹⁸. Asimismo, se sostiene que la técnica constituye una alternativa a la armonización de legislaciones en el marco de la Unión Europea, pues si bien no elimina las diferencias entre ordenamientos, asegura su aplicación en el marco de la integración económica⁷¹⁹. De lo anterior se desprende que, desde la perspectiva del legislador comunitario, las condiciones laborales que conforman el núcleo duro constituyen los aspectos más importantes de la relación laboral, si bien el artículo 3.10 DDT autoriza a los Estados miembros a añadir –mediante la respectiva norma de transposición– la aplicación obligatoria en su territorio de otras condiciones de trabajo distintas a las establecidas por la DDT. Es decir, cada Estado miembro puede configurar el núcleo duro de la relación laboral, añadiendo a las condiciones establecidas por la DDT, las condiciones de trabajo que se consideren pertinentes.

Interesa puntualizar que la aplicación de las condiciones laborales según la legislación del Estado de acogida no implica que los trabajadores desplazados gocen de la misma protección que los trabajadores nacionales de dicho Estado. En primer lugar, el núcleo duro no contempla todas las condiciones de trabajo reguladas en la legislación del Estado de acogida, por lo que la igualdad de trato solo podría predicarse de las condiciones que dicho Estado establezca en el núcleo duro de su norma de transposición y únicamente en el supuesto que las condiciones del Estado de acogida sean más favorables que las del Estado de envío. En segundo lugar, ha de tenerse presente que las condiciones laborales reguladas en un Estado miembro podrían devenir inaplicables por no estar establecidas en normas que la DDT admita como fuentes reguladoras. Así las cosas, la igualdad de trato entre trabajadores nacionales del Estado de acogida y trabajadores desplazados tiene un ámbito de acción restringido a la aplicación de las condiciones

⁷¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 357-358.

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores...”, ob. cit., p. 361.

laborales del núcleo duro de la norma de transposición, contenidas en los instrumentos admitidos por aquella.

En lo que se refiere al método para determinar la norma más favorable para el trabajador, se ha advertido que una comparación de legislaciones laborales en términos globales no sería correcta, en tanto cada condición de trabajo debe compararse en forma singular⁷²⁰ y, asimismo, se propone que la fórmula más coherente con el espíritu de la norma es la comparación por instituciones o materias⁷²¹. En el mismo sentido, se plantea que, si en la época de su aprobación la Directiva complementaba al Convenio de Roma, el criterio interpretativo más coherente con su espíritu será el establecido por el Informe Giuliano-Lagarde, utilizado para la interpretación del Convenio de Roma, el cual se decanta por una comparación entre instituciones⁷²². En todo caso, la comparación institucional debe tomar en consideración todos los grupos de normas que tengan una finalidad común, así como las eventuales compensaciones internas entre aquellas normas⁷²³.

En abstracto y a modo de ejemplo, la legislación portuguesa establece un periodo de vacaciones de 22 días hábiles que deben disfrutarse en el año en que se devenguen, si bien la persona trabajadora puede disponer de las mismas hasta el 30 de abril del año siguiente e incluso acumularlas a las que ha devengado ese año si pretende disfrutarlas con un familiar que resida en el extranjero⁷²⁴. Por su parte, la legislación española establece el disfrute de 30 días naturales de vacaciones

⁷²⁰ BELTRÁN MIRALLES, Sofía: "Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios". *Actualidad Laboral*. 2000, N.º 2 [edición electrónica].

⁷²¹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "Tráfico intracomunitario...", ob. cit.

⁷²² SERRANO OLIVARES, Raquel: "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo...", ob. cit., p. 69.

⁷²³ SERRANO OLIVARES, Raquel: "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo...", ob. cit., pp. 69-71. La autora se refiere a este método como «sistema institucional o analítico corregido».

⁷²⁴ Artículo 238.1 del Código del Trabajo portugués: "El periodo anual de vacaciones tiene una duración mínima de 22 días hábiles".

Artículo 240.2 del Código del Trabajo portugués: "Las vacaciones pueden ser disfrutadas hasta el 30 de abril del año civil siguiente, en acumulación o no con las vacaciones vencidas al inicio de este, por acuerdo entre empleador y trabajador o siempre que éste las pretenda disfrutar con familiar residente en el extranjero" (traducción propia). Información disponible en: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475> Fecha de última consulta: 25 de mayo de 2023.

anuales—equivalente a 22 días hábiles— pero no existe una previsión similar a la portuguesa. En ese sentido, una persona trabajadora desplazada desde España a Portugal podría considerar más favorable la ley portuguesa si pretendiese disfrutar sus vacaciones con familiares residentes en España, pese a que objetivamente el periodo reconocido por ambas legislaciones es idéntico.

Con las anteriores consideraciones, los siguientes apartados pretenden entregar un panorama de las principales normas comunitarias que, mediante su transposición al respectivo Estado miembro, se refieren a las condiciones laborales garantizadas por el núcleo duro y, en consecuencia, otorgan parámetros mínimos de protección a nivel de la Unión Europea. Dada la extensión de cada temática, su tratamiento no será pormenorizado, si bien pretende determinar un marco normativo mínimo que habría de aplicarse a los trabajadores desplazados en cada Estado miembro, en defecto de disposiciones más favorables en un concreto Estado miembro.

2.1.3.1. Las garantías referidas a determinadas condiciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Al establecer como condiciones laborales pertenecientes al núcleo duro de la relación laboral los periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, así como la duración mínima de las vacaciones anuales, la DDT hace referencia en su artículo 3.1, letras a) y b), a la ordenación del tiempo de trabajo⁷²⁵.

Esta disposición es coherente con la importancia que la Unión Europea ha atribuido a esta materia, regulándola en el artículo 153.1 letra a) del TFUE, en virtud de la cual la Unión Europea, para la consecución de su política social, debe apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores⁷²⁶. Asimismo, el

⁷²⁵ Artículo 3.1 letras a) y b) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas”.

⁷²⁶ Artículo 153.1 letra a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes

artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CDFUE») atribuye el carácter de derecho fundamental al derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a los periodos de descanso diarios semanales y las vacaciones anuales⁷²⁷.

La concreción de la acción normativa de la Unión Europea en esta materia es la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En concordancia con su base jurídica –el ya mencionado artículo 153.1 letra a) TFUE– el artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE reitera como objetivo de la norma el establecer disposiciones mínimas de seguridad y salud, aplicándose con vocación de generalidad a todos los sectores de la actividad, salvo exclusiones específicas tales como la gente de mar y los sectores y personas trabajadoras sujetos a una legislación específica⁷²⁸.

Debe hacerse presente que no todo el contenido de la Directiva 2003/88/CE forma parte de las condiciones garantizadas en el núcleo duro establecido por la DDT. A diferencia de los periodos máximos de trabajo, los periodos mínimos de descanso

ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores”.

⁷²⁷ Artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

⁷²⁸ Artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE: “1. La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

2. La presente Directiva se aplicará:

a) a los periodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal, y

b) a determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo.

3. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 2 de la presente Directiva, la presente Directiva no se aplicará a la gente de mar, tal como se define en la Directiva 1999/63/CE.

4. Las disposiciones de la Directiva 89/391/CEE se aplicarán plenamente a las materias a que se refiere el apartado 2, sin perjuicio de las disposiciones más exigentes y/o específicas contenidas en la presente Directiva”.

A este respecto, es necesario aludir a la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 2017/C 165/01, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pp. 12-13. La Comunicación señala que, de acuerdo con los pronunciamientos del TJUE, la aplicación de la Directiva podría excluirse en supuestos de “acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse. Lo mismo debe suceder en caso de catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva”.

y la duración mínima de las vacaciones, la DDT no hace referencia al trabajo nocturno como una condición singular, si bien podría argumentarse que forma parte del contenido de las condiciones de salud, seguridad e higiene en el trabajo, garantizadas en el artículo 3.1 letra e) de la DDT. Sin embargo, en cuanto el legislador comunitario ha preferido mantener el tratamiento por separado de los periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, así como a las vacaciones anuales retribuidas, estableciendo una garantía diferente para cada uno de ellos, esta argumentación pierde fuerza, pues de haber querido incluir al trabajo nocturno, le habría dedicado una garantía específica.

Asimismo, cabe agregar que algún sector de la doctrina incluyó entre las condiciones referidas al tiempo de trabajo, a las disposiciones que actualmente se corresponden con la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁷²⁹. Sin embargo, este razonamiento ha quedado descartado con la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1158, la cual establece claramente que su base jurídica es el artículo 153, 1 letra i) TFUE, en virtud de la cual la Unión Europea debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en materia de igualdad de hombres y mujeres, en relación con la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo⁷³⁰.

2.1.3.1.1. La delimitación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso como presupuesto para la aplicación de la garantía.

Como punto de partida, debemos señalar que el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE dispone que se entenderá por «tiempo de trabajo» *“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario*

⁷²⁹ GIL PÉREZ, María: “Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el Estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 177.

⁷³⁰ Artículo 153.1 letra i) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”.

y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En contraposición a dicha definición, la Directiva conceptualiza «periodo de descanso» como “todo período que no sea tiempo de trabajo”⁷³¹. Si bien la delimitación parece sencilla, lo cierto es que la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado en diferentes ocasiones respecto a las denominadas «guardias», esto es, el periodo de tiempo en que la persona trabajadora debe permanecer en régimen de disponibilidad respecto de su empleador. Sin perjuicio de la importancia de esta distinción en materia de seguridad y salud en el trabajo, interesa hacer presente que esta diferenciación también tiene una arista retributiva, la cual es relevante a efectos del desplazamiento de personas trabajadoras, en cuanto se asocia a la garantía a la remuneración.

Sobre la base de los asuntos que se han sometido a su conocimiento, el TJUE ha ido perfilando en qué circunstancias concretas debe entenderse que la guardia constituye tiempo de trabajo y, a ese respecto, la mayor o menor restricción en la posibilidad de la persona trabajadora de dedicarse a sus intereses personales y sociales resulta determinante. De este modo, la atención continuada realizada por la persona trabajadora en régimen de presencia física es considerado tiempo de trabajo, aunque ésta pueda descansar en los periodos en que no se requieren sus servicios⁷³². También se ha establecido que la guardia debe ser considerada tiempo de trabajo si la persona trabajadora está obligada a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario –aunque no sea su lugar de trabajo– y a estar presente en su lugar de trabajo en un plazo de 8 minutos⁷³³ o si se trata de una formación profesional impuesta por el empresario, pese a desarrollarse fuera

⁷³¹ Artículo 2.1) y 2) de la Directiva 2003/88/CE: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales;

2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo; [...]”.

⁷³² STJUE Asunto *Jaeger*, 9 de septiembre de 2003 (C-151/02), apartado 71. En el mismo sentido, STJUE Asunto *Dellas*, 1 de diciembre de 2005 (C-14/04), apartado 50. Aunque estas sentencias interpretan la norma comunitaria predecesora de la Directiva 2003/88/CE, esto es, la Directiva 93/104/CE, la definición de «tiempo de trabajo» no experimentó modificaciones, por lo que dichas interpretaciones mantienen su vigencia.

⁷³³ STJUE Asunto *Matzak*, 21 de febrero de 2018 (C-518/15), apartado 65.

del lugar habitual de trabajo y a que no se desempeñen las funciones habituales⁷³⁴. En situaciones diversas a las reseñadas, el TJUE plantea que la determinación de las guardias como tiempo de trabajo requiere de una apreciación global de las circunstancias⁷³⁵.

En atención a las dificultades para calificar las medidas empresariales «híbridas» con criterios más generalizados y dada la imposibilidad de romper la dicotomía entre «tiempo de trabajo» y «tiempo de descanso» –por tratarse de conceptos de derecho comunitario y los únicos que se establecen en la Directiva–, la doctrina ha planteado la necesidad de establecer una regulación específica para ese tipo de medidas⁷³⁶. Por su parte, con ocasión de la interpretación de la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha aludido tácitamente a la insuficiencia de ambos conceptos para subsumir todos los supuestos posibles al determinar que, si bien las guardias localizadas en que no se ha requerido a la persona trabajadora no son tiempo de trabajo, tampoco constituyen descanso⁷³⁷.

Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, el TJUE reconoce las consecuencias que pueden tener los periodos de disponibilidad en materia de seguridad y salud. A ese respecto, ha sostenido que, con independencia de su calificación como tiempo de

⁷³⁴ STJUE de 28 de octubre de 2021 (C-909/19), apartado 49.

⁷³⁵ Estima el TJUE que es necesaria la apreciación global de las circunstancias si: (i) el trabajador debe estar localizable por teléfono y tiene el plazo de una hora para presentarse en su lugar de trabajo a partir de la llamada [STJUE de 9 de marzo de 2021 (C-344/19), apartado 66]; (ii) si el trabajador de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe estar presente en su lugar de trabajo en 20 minutos, vestido con su uniforme y en el vehículo que se pone a su disposición, pudiendo hacer uso de excepciones a normas de tráfico y derechos de preferencia asociados al vehículo [STJUE de 9 de marzo de 2021 (C-580/2019), apartado 61], y; (iii) si durante el periodo de guardia el trabajador ejerce una actividad profesional por cuenta propia, debiendo estar presente en su lugar de trabajo en un plazo de 10 minutos desde que se le requiere, pero sin estar obligado a atender la totalidad de esos requerimientos [STJUE de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20), apartado 48].

Mientras en los dos primeros casos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, debe atenderse a las consecuencias del plazo que se impone al trabajador y a la frecuencia media en que se requiere su intervención, en el tercero es necesario establecer si tales circunstancias afectan “objetiva y muy significativamente” a la realización de la actividad profesional.

⁷³⁶ GONZALEZ DE RIVERA SERRA, Francesc: “Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2021, N.º 460, p. 217.

⁷³⁷ GONZALEZ DE RIVERA SERRA, Francesc: “Tiempo de trabajo...”, ob. cit., p.214. El autor cita las decisiones de 12 de octubre de 2004, 8 de diciembre de 2004, 23 de junio de 2010, las Conclusiones referidas a España XX-2 de 2014 y XXI-3 de 2018, en virtud de las cuales consideración de periodos de guardia como tiempo de descanso es una violación del derecho a una duración razonable del trabajo, establecido en el artículo 2.1 de la Carta Social Europea revisada.

descanso, la obligación de prevención de riesgos psicosociales en el entorno laboral impide que los empresarios introduzcan periodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de las personas trabajadoras⁷³⁸.

2.1.3.1.2. Los periodos mínimos de descanso diario y semanal y el límite máximo de trabajo en cómputo semanal.

En lo que se refiere al periodo mínimo de descanso diario, el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE establece el deber de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para que las personas trabajadoras disfruten de un descanso de once horas consecutivas entre jornada laboral⁷³⁹. Esta disposición debe relacionarse con el artículo 4 de la misma Directiva, referida a una pausa de descanso en el caso de jornadas de trabajo superiores a seis horas⁷⁴⁰, que, por tratarse de un descanso diario, también debe quedar incluido en la garantía, si bien supeditado a la aplicación de las disposiciones más favorables que en esta materia hayan establecido, bien el Estado de envío, bien el de acogida.

Respecto al descanso semanal, el artículo 5 de la Directiva prescribe, como regla general, que por cada periodo de siete días la persona trabajadora disfrutará de un periodo ininterrumpido de 24 horas, más las 11 horas de descanso diario. La excepción a esta regla se encuentra en la posibilidad de reducir dicho periodo a 24 horas, si tal decisión se justifica en condiciones objetivas, causas técnicas o de organización del trabajo⁷⁴¹. Por su parte, el artículo 6 dispone que la duración del

⁷³⁸ STJUE de 9 de marzo de 2021 (C-344/19), apartado 65.

⁷³⁹ Artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas”.

⁷⁴⁰ Artículo 4 de la Directiva 2003/88/CE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional”.

⁷⁴¹ Artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

tiempo de trabajo en cómputo semanal no debe superar las 48 horas, incluyendo las horas extraordinarias, sin perjuicio que en virtud de los artículos 16 letra b) y 19 de la Directiva, los Estados miembros están facultados para establecer periodos de referencia distintos, ya sea en relación con el descanso semanal o con el límite máximo de trabajo semanal⁷⁴². Al respecto, debemos señalar que, en el caso del ordenamiento español, los convenios colectivos suelen establecer un periodo de referencia anual, pese a que la Directiva únicamente lo admite en determinados supuestos⁷⁴³.

En atención a que la Directiva 2003/88/CE es una norma de mínimos, nada impide a los Estados miembros la mejora de estas disposiciones a través de sus normas nacionales y así lo dispone su artículo 15⁷⁴⁴. Asimismo, en sus artículos 17 a 22 la Directiva admite la posibilidad de establecer excepciones a las reglas generales, excepciones que no se explicarán en forma individualizada, dada su extensión.

En lo que respecta a las personas trabajadoras desplazadas, interesa señalar que, en virtud del artículo 17.2 en relación con el artículo 17.3 letra a) de la Directiva, tanto el Estado de envío como el de acogida podrían –mediante las fuentes reguladoras que autoriza la DDT– excepcionar las disposiciones que aluden al descanso diario, las pausas, el descanso semanal y a los periodos de referencia

Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas”.

⁷⁴² Artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores:

a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;
b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”.

⁷⁴³ Como apunta ENJUTO JAREÑO, Diego: “La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula «opt-out», al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de «tiempo de trabajo efectivo»”. *Iuslabor*. 2003, N.º 5, pp.4-5, España se acoge al artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE para establecer, mediante negociación colectiva, un periodo de referencia anual. Sin embargo, tal como señala el autor, el periodo de referencia anual tiene otros requisitos, pues únicamente puede establecerse por razones objetivas, técnicas o de organización y si se respetan los principios de seguridad y salud de las personas trabajadoras. A nuestro entender, la implementación de una jornada anual en los convenios colectivos españoles no cumple los requisitos exigidos por la Directiva.

⁷⁴⁴ Artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”.

para la aplicación de las normas referidas a estos descansos, por tratarse de actividades caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia de la persona trabajadora⁷⁴⁵. En todo caso, la posibilidad de establecer estas excepciones está sometida a la exigencia de otorgar periodos equivalentes de descanso compensatorio o, en casos excepcionales en que no sea posible su concesión, otorgar una protección equivalente a las personas trabajadoras.

Compactar el trabajo a realizar en el extranjero podría ser del interés de la persona trabajadora desplazada, pero entendemos que esta compactación sería factible si la duración del desplazamiento supone un periodo corto de tiempo, como, por ejemplo, dos o tres meses. No es posible omitir que estas normas tienen por objetivo garantizar la protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo, así como una mejor protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y, en ese sentido, estos objetivos deben primar por sobre la conveniencia, tanto de la persona trabajadora como del empresario. Por otra parte, es discutible que esta circunstancia pueda entenderse como una norma más favorable al trabajador, en relación con las disposiciones pertinentes de los convenios colectivos y el artículo 34 ET. Y es que la subjetividad que reviste el criterio de «conveniencia para la persona trabajadora» no casa adecuadamente con el método de comparación institucional que se establece en virtud de la DDT.

En lo que se refiere al límite máximo de trabajo semanal, también es importante señalar que el artículo 22 de la Directiva establece una cláusula denominada de «opt-out», la cual faculta a los Estados miembros a inaplicar el artículo 6 si se cumplen una serie de condiciones, que pueden resumirse en (i) la necesidad de contar con el consentimiento individual de la persona trabajadora, sin que resulte

⁷⁴⁵ Artículo 17.2 de la Directiva 2003/88/CE: “Mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y siempre que se concedan periodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales periodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate, podrán establecerse las excepciones previstas en los apartados 3, 4 y 5”.

Artículo 17.3 letra a) de la Directiva 2003/88/CE: “De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, podrán establecerse excepciones a los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 [descanso diario, pausas, descanso semanal, trabajo nocturno y periodos de referencia:

a) para las actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí”

válida una autorización establecida en el convenio colectivo⁷⁴⁶, así como (ii) la obligación de mantener un registro sobre las personas trabajadoras que han prestado tal consentimiento⁷⁴⁷. Según el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, de un total de diecisiete Estados miembros que admiten la posibilidad de exclusión voluntaria, cinco de ellos la admiten en cualquier sector de la economía (Bulgaria, Croacia, Chipre, Estonia y Malta), mientras que España solo establece la posibilidad en los sectores en que se presten servicios en atención continuada⁷⁴⁸. Pese a lo señalado, e incluso respecto de Estados miembros que hacen extensiva la cláusula de «opt-out» a todos los sectores, no es posible establecer en abstracto que la legislación española constituya la regulación más favorable respecto al tiempo de trabajo, de manera que habrá de atenderse a la situación concreta de la persona trabajadora desplazada.

En todo caso, es necesario diferenciar la obligación de registro de jornada en términos generales, a efectos de garantizar los derechos establecidos por la Directiva 2003/88/CE⁷⁴⁹ y el supuesto concreto que se deriva de la aplicación del

⁷⁴⁶ STJUE *Asunto SIMAP*, 3 de octubre de 2000 (C-303/98), apartados 73 y 74.

⁷⁴⁷ Concretamente, el artículo 22.1 de la Directiva 2003/88/CE impone a los Estados miembros las siguientes condiciones:

- a) [que] ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;
- b) [que] ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;
- c) [que] el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;
- d) [que] los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;
- e) [que] el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16”.

⁷⁴⁸ COM (2017) 254 final. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, p. 13. Los restantes Estados miembros, que no admiten la posibilidad de exclusión voluntaria en todos los sectores, “limitan su uso a aquellos trabajos que utilicen ampliamente el tiempo en atención continuada, como los servicios sanitarios o de emergencias”. Estos países son Bélgica, Chequia, Francia, Alemania, Hungría, Letonia, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y España.

⁷⁴⁹ STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), apartado 60: “Por consiguiente, para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un

artículo 22 de esta Directiva, pues la obligación de registro establecida por esta última disposición no versa sobre las horas efectivamente realizadas por la persona trabajadora. Al respecto, el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, señala que solo cinco Estados miembros regulan la obligatoriedad de registrar las horas de trabajo de los trabajadores que han optado por excluir la aplicación de la jornada semanal máxima⁷⁵⁰. Si bien esta circunstancia resulta problemática para la comprobación de cumplimiento de las condiciones laborales garantizadas por la DDT –tanto en lo que respecta al tiempo de trabajo, como eventualmente a la remuneración– las personas trabajadoras desplazadas desde España estarán protegidas por la aplicación de la legislación española, que puede entenderse más favorable en cuanto excluye la aplicación de la cláusula de «opt-out» en prácticamente todos los sectores de la economía.

2.1.3.1.3. La duración mínima de las vacaciones anuales.

Con fundamento jurídico en el artículo 158 TFUE⁷⁵¹ y consagrado en el ya mencionado artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a vacaciones anuales retribuidas tiene, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una finalidad doble: permitir que la persona trabajadora descanse de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y disponer de un periodo de ocio y esparcimiento⁷⁵².

Este derecho tiene concreción en el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, el cual establece que las vacaciones anuales retribuidas tendrán una duración de cuatro semanas⁷⁵³, disposición que en la actualidad no tiene excepciones, pues todos los

sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”.

Cabe señalar que, en su apartado 35, la sentencia deja constancia que el artículo 22 de la Directiva 2003/88/CE no sería interpretado en el Asunto.

⁷⁵⁰ COM (2017) 254 final, p. 13. De acuerdo con el informe, estos países son Bélgica, Alemania, Francia, Chipre y Letonia.

⁷⁵¹ Artículo 158 TFUE: “Los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas”.

⁷⁵² Entre otras, STJUE de 20 de enero de 2009 (autos acumulados C-350/06 y C-520/06), apartado 25 y STJUE de 20 de julio de 2016 (C-341/15), apartado 34.

⁷⁵³ Artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales

Estados miembros regulan las vacaciones anuales en forma explícita, estableciendo el derecho a una remuneración media durante su disfrute⁷⁵⁴.

En lo que se refiere a la retribución durante las vacaciones, el TJUE ha determinado que ésta debe incluir no solo el salario base, sino todos los elementos que componen la retribución global de la persona trabajadora, así como los vinculados a su estatuto personal y profesional⁷⁵⁵. Asimismo, las personas trabajadoras tienen derecho a percibir durante sus vacaciones una retribución que considere las comisiones y retribuciones variables que forman parte de su salario el resto del año, pues de lo contrario, esa disminución podría disuadirle de ejercer tal derecho⁷⁵⁶. Con respecto al cálculo del importe, el TJUE señala que *“dicha apreciación debe realizarse sobre la base de una media sobre un periodo de referencia que se considere representativo”*⁷⁵⁷.

Ahora bien, ¿qué sucede si la persona trabajadora desplazada ha devengado vacaciones en dos Estados miembros que establecen distinta duración para las mismas? En ausencia de una interpretación auténtica, entendemos que la única manera de dar efecto útil a la garantía es que los días trabajados en el Estado de acogida devenguen proporcionalmente el número equivalente a los días de vacaciones que se reconocen en ese Estado miembro, supeditada a la mayor favorabilidad de las normas sobre duración de las vacaciones en el Estado de acogida. En cuanto a la retribución de las vacaciones, entendemos que su importe ascenderá al promedio de las remuneraciones de los once meses anteriores, incluyendo en esta media el salario superior percibido por la persona trabajadora durante el desplazamiento, en aplicación de la legislación del Estado de acogida.

retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

⁷⁵⁴ COM (2017) 254 final, p. 8.

⁷⁵⁵ STJUE *Asunto Williams*, 15 de septiembre de 2011 (C-155/10), apartados 26 a 28.

⁷⁵⁶ STJUE *Asunto Lock*, 22 de mayo de 2014 (C-539/12), apartado 24.

⁷⁵⁷ STJUE *Asunto Williams*, 15 de septiembre de 2011 (C-155/10), apartado 26.

Por otra parte, cabe añadir que el TJUE proporciona un amplio repertorio de sentencias relacionadas con el momento de disfrute de las vacaciones anuales. Interesa señalar que éstas se pueden aplazar en caso de incapacidad temporal, si bien la determinación del periodo máximo de aplazamiento o prórroga para su disfrute es competencia de los Estados miembros⁷⁵⁸. Recientemente, aplicando por analogía la interpretación del derecho de las personas trabajadoras que por enfermedad no ha podido disfrutar vacaciones en el periodo de referencia, se ha reconocido la posibilidad de disfrutar vacaciones a un trabajador afectado por despido ilícito, por el periodo devengado entre su despido y la readmisión⁷⁵⁹. Además, la jurisprudencia comunitaria ha estimado que las vacaciones no se pierden automáticamente al vencimiento del periodo de referencia, pues debe verificarse previamente que el empleador ha permitido a la persona trabajadora ejercer su derecho a las mismas⁷⁶⁰. Esta interpretación resulta relevante en los casos que el desplazamiento tiene una duración superior a un año, pues permite entender que, si a la persona trabajadora desplazada no se le permite disfrutar sus vacaciones de una manera que respete las finalidades de este derecho y en el lugar elegido por aquel, dichas vacaciones no caducarán automáticamente con la finalización del año natural.

Debe hacerse presente que el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE establece la imposibilidad de sustituir las vacaciones anuales por una compensación financiera, salvo que finalice la relación laboral, sea voluntaria o involuntariamente⁷⁶¹. No obstante, el TJUE ha admitido la compensación financiera si la persona trabajadora pasa a situación de jubilación⁷⁶² o incluso si este fallece⁷⁶³, supuestos que deben

⁷⁵⁸ STJUE *Asunto Schultz-Hoff*, 20 de enero de 2009 (C-350/06 y C-520/06), apartado 42.

⁷⁵⁹ STJUE de 25 de junio de 2020 (C-762/18 y C-37/19), apartados 65 a 67.

⁷⁶⁰ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16), apartado 61.

⁷⁶¹ 2017/C 165/01. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, p. 35.

⁷⁶² STJUE *Asunto Neidel*, 3 de mayo de 2012 (C-337/10), apartado 32.

⁷⁶³ STJUE *Asunto Bollacke*, 12 de junio de 2014 (C-118/13), apartado 29. En este caso, el TJUE determina que el derecho a compensación por las vacaciones no disfrutadas del trabajador fallecido "no puede supeditarse a

tenerse en cuenta, por cuanto bien podrían producirse en el marco de un desplazamiento.

Para finalizar, los artículos 3.2 y 3.5 de la DDT excepcionan de la garantía a la duración mínima de las vacaciones anuales a los trabajos de montaje inicial para la puesta en funcionamiento de un bien, cuando el desplazamiento no supere los 8 días –salvo en el sector de la construcción–, así como en los casos en que los trabajos sean calificados «de escasa importancia» por los Estados miembros. Sin embargo, en este último supuesto se contraexcepciona a las personas trabajadoras cedidas por una ETT, quienes siempre tendrán derecho a que se les aplique la legislación más favorable en materia de vacaciones anuales. Aunque la propuesta de Directiva de 1991 no motiva estas previsiones excepcionales, es posible que en el caso de los desplazamientos que se prevén de corta duración, el legislador comunitario haya entendido que las eventuales diferencias en el devengo de días de vacaciones según la legislación de los Estados de envío y de acogida no supondrían una variación relevante a efectos de dumping social. Y en el mismo sentido, tal como veremos al tratar la garantía a la remuneración, puede haber entendido estas excepciones como cortapisas a la elusión de la DTT, en atención que una proporción importante del total de desplazamientos se realizaba en el sector de la construcción y dada la precariedad a la que se asociaba el empleo a través de ETTs⁷⁶⁴.

2.1.3.2. La garantía de la remuneración y el incremento por horas extraordinarias.

En virtud de su artículo 3.1. letra c), la DDT garantiza a las personas trabajadoras desplazadas *“la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias”*, señalando expresamente que la garantía no incluye los regímenes

que ésta se haya solicitado previamente”. En consecuencia, la compensación financiera es transmisible a los herederos.

⁷⁶⁴ El informe realizado por encargo del Comité de empleo y asuntos sociales del Parlamento Europeo IP/A/EMPL/2016-07, pp. 19-20, señala que el estudio de impacto de la Directiva 96/71/CE realizado la Comisión Europea de 2016 identificó que el 42% del total de desplazamientos de 2014 estaban concentrados en el sector de la construcción, seguido de un 22% en el sector de la industria de manufactura. En lo que se refiere a los desplazamientos de personas trabajadoras a través de ETTs, se indica que el sector de la construcción es un típico usuario final de ETTs y a menudo a través de cadenas de subcontratación, con excepción de Alemania, que prohíbe la cesión de trabajadores en el sector de la construcción.

complementarios de jubilación⁷⁶⁵. Aunque el artículo 153.5 TFUE excluye a las remuneraciones como materia de competencia de la Unión Europea en materia social, lo cual podría suponer un escollo a la regulación de esta cuestión, la garantía a la remuneración puede vincularse a la igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, interpretado de acuerdo con la construcción jurisprudencial realizada por el TJUE. Así lo expresa la Directiva de 2018, a efectos de justificar en las disposiciones del derecho de la Unión Europea, las modificaciones a la garantía salarial original establecida por la DDT⁷⁶⁶.

Al ser la más relevante de las condiciones laborales garantizadas por la DDT, su inclusión en la Directiva y la determinación del alcance de la disposición no ha estado exenta de controversias. Como se explicará, esta garantía ha evolucionado a través del tiempo y, con dicha evolución, se han logrado avances no solo en materia de prevención del dumping en el mercado interior –primer y principal objetivo de la DDT– sino en el establecimiento de condiciones laborales más justas y equitativas para las personas trabajadoras.

2.1.3.2.1. La determinación y delimitación del salario mínimo por la jurisprudencia comunitaria.

Tras la adopción de la DDT y mientras se encontraba vigente el plazo para la transposición en los Estados miembros, el TJCE (hoy TJUE) se vio obligado a pronunciarse respecto a la obligación impuesta por algunos Estados miembros a los prestadores de servicios establecidos en el extranjero, referida al abono de una retribución mínima a sus trabajadores y trabajadoras desplazadas conforme a las

⁷⁶⁵ Artículo 3.1 letra c) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: c) la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación”.

⁷⁶⁶ Considerando 6 de la Directiva (UE) 2018/957: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad están consagrados en el Derecho de la Unión desde los Tratados fundacionales. El principio de igualdad de remuneración se ha aplicado mediante el Derecho derivado, no solo entre mujeres y hombres, sino también entre trabajadores con contratos de duración determinada y trabajadores con contratos indefinidos equiparables, entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo y entre trabajadores de empresas de trabajo temporal y trabajadores equiparables de la empresa usuaria. Esos principios incluyen la prohibición de cualquier medida que discrimine directa o indirectamente por razón de la nacionalidad. Al aplicar estos principios se ha de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pertinente”.

normas del Estado de desplazamiento⁷⁶⁷. Fundamentando su argumentación en las normas del derecho originario, el TJUE determinó que el derecho comunitario no se oponía a tal imposición, si bien aquella estaba supeditada a un control de proporcionalidad previo, el cual obligaba a efectuar una comparación de las legislaciones del Estado de envío y el Estado de acogida⁷⁶⁸.

En términos generales, el TJUE sostenía que la imposición de la legislación del Estado de acogida en materia de salario, al constituir una restricción a la libre prestación de servicios, debía estar fundada en razones de interés general, entre las cuales se encontraba la protección de las personas trabajadoras. Por lo tanto, si de la comparación entre legislaciones se determinaba que las personas trabajadoras desplazadas tenían el mismo nivel de protección social en el Estado de envío y en el Estado de acogida, la aplicación de las normas del Estado de acogida debía descartarse⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ STCE *Asunto Portugaia*, 24 de enero de 2002 (C-164/99). Esta sentencia se refiere a hechos previos a la finalización del plazo de transposición de la Directiva 96/71/CE, en los cuales una empresa establecida en Portugal desplazó trabajadores a Alemania, abonando un salario inferior al salario mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación en Alemania. En el apartado 21 de la Sentencia, el TCE sostuvo que el Derecho comunitario no se oponía “a que un Estado miembro imponga a una empresa, establecida en otro Estado miembro y que efectúe una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembro, la obligación de pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijan las normas nacionales de dicho Estado”.

⁷⁶⁸ En ese sentido, dos sentencias referidas a hechos anteriores al fin del plazo para la transposición de la Directiva 96/71/CE: la ya aludida STCE *Asunto Portugaia*, 24 de enero de 2002 (C-164/99), apartados 21 y 29 y STCE *Asunto Finalarte y otros*, 25 de octubre de 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98). Esta última se refiere al caso de trabajadores de la construcción del Reino Unido y Portugal, que reclamaban la aplicación de la legislación alemana, la cual establecía que las diversas relaciones laborales mantenidas por el trabajador en el transcurso de un año devengaban vacaciones como si se tratase de una única relación laboral. A tal efecto, se había creado un Fondo de vacaciones retribuidas al que debían cotizar los empresarios, con la finalidad de obtener reembolso, con cargo a dicho Fondo, de los días de vacaciones pagados a los trabajadores. En su apartado 45, el TJCE sostuvo que correspondía “al órgano jurisdiccional remitente examinar si tales ventajas potenciales deparan a los trabajadores desplazados una verdadera protección adicional. Dicho examen debe tener en cuenta, en primer lugar, la protección en materia de vacaciones retribuidas de la que ya gozan los trabajadores con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario. En efecto, no cabe considerar que la normativa controvertida en los litigios principales otorgue una verdadera protección adicional a los trabajadores desplazados si éstos ya disfrutaban de la misma protección, o de una protección esencialmente similar, en virtud de la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario”.

⁷⁶⁹ Como sugiere la STJCE *Asunto Mazzoleni*, 15 de marzo de 2001 (C-165/98), apartado 41, que se pronuncia respecto a hechos ocurridos antes de finalizar el plazo para la transposición de la Directiva 96/71/CE, la aplicación de la normativa nacional en materia de salario “podría resultar desproporcionada cuando se trate de trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves periodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa [...] incumbe a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la referida empresa de una normativa nacional que establece un salario mínimo es necesaria y proporcionada”.

El pleno vigor de la DDT, una vez finalizado el plazo de transposición, tuvo como consecuencia el abandono de ese juicio de proporcionalidad, toda vez que, a partir de la instauración de la garantía a las cuantías del salario mínimo, se evitaba una valoración global de las legislaciones⁷⁷⁰. Sin embargo, una vez que la DDT resultó aplicable a los supuestos de movilidad transnacional, surgieron otro tipo de dificultades, que demostraron la insuficiencia de la garantía.

En su redacción original, la garantía salarial de la DDT a las personas trabajadoras desplazadas alcanzaba *“las cuantías del salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias”*, añadiendo esta norma que la noción del salario mínimo se definiría mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado de acogida⁷⁷¹. Sin que hubiese transcurrido mucho tiempo desde la plena vigencia de la DDT, el *Asunto Laval*⁷⁷² evidenció que en algunos Estados miembros –como es el caso de Suecia– el salario de las personas trabajadoras se determina a través de la negociación colectiva, la cual, a la vez, no tiene eficacia universal. Al pronunciarse en este Asunto, el TJUE sostuvo que, en tal supuesto, no era posible obligar a una empresa establecida en otro Estado miembro a utilizar una vía no prevista por la DDT, ni tampoco podía obligársele a respetar cuantías de salario que no constituyeran salarios mínimos⁷⁷³. En estricto rigor, hemos de admitir que los salarios fijados a través de la negociación colectiva caso a caso no podían

⁷⁷⁰ QUIÑONES ESCAMEZ, Ana: “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2002, N.º 12, pp. 446-448.

⁷⁷¹ En su versión original, el artículo 3.1 letra c) de la Directiva 96/71/CE disponía: “Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas: c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional [...]”

A los fines de la presente Directiva, la noción de cuantías de salario mínimo mencionada en la letra c) del párrafo primero se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado”.

⁷⁷² Si bien alcanzó notoriedad por dar prevalencia a las libertades comunitarias en detrimento de las medidas de conflicto colectivo promovidas por un sindicato, el origen del conflicto en STJCE *Asunto Laval*, 18 de diciembre de 2007 (C-341/05) se encuentra en el hecho de que, en Suecia, el salario en el sector de la construcción se determina mediante acuerdos salariales para cada proyecto de construcción. En este caso, un sindicato sueco ejerció una medida de conflicto colectivo para presionar a una empresa de construcción letona a iniciar una negociación colectiva cuya finalidad era determinar el salario de los trabajadores desplazados por dicha empresa.

⁷⁷³ STJCE *Asunto Laval*, 18 de diciembre de 2007 (C-341/05), apartados 70 y 71.

considerarse como una cuantía mínima, puesto que una negociación singular relativa al salario se opone a la estandarización que caracteriza a la determinación de un salario mínimo. En ese sentido, teniendo en consideración el contexto normativo en que fue dictada la sentencia en el *Asunto Laval*, dicha decisión no era carente de lógica, pero sí profundamente injusta.

Por su parte, el *Asunto Rüffert*⁷⁷⁴ puso de manifiesto que el hecho de que el salario mínimo no estuviese establecido en fuentes reguladoras autorizadas por la DDT era una situación menos excepcional de lo que cabía suponer. Según lo razonado en la sentencia por el TJUE, no era posible interpretar que el salario determinado mediante una remisión legal a un convenio colectivo que carecía de eficacia general constituyese una cuantía de salario mínimo⁷⁷⁵. En una argumentación similar a la utilizada en el *Asunto Laval*, el TJUE concluyó que un Estado miembro de acogida no podía imponer el cumplimiento de condiciones de trabajo que fuesen más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima⁷⁷⁶. Esta última decisión originó importantes críticas, señalándose que a partir de esta sentencia el TJUE entendió a la DDT como una norma de máximos no superables⁷⁷⁷. Concepción que, a nuestro entender, hacía perder a la DDT la mayor parte de su valor, en cuanto normativa protectora de los derechos de los trabajadores⁷⁷⁸.

Posteriormente, en el *Asunto Regiopost*⁷⁷⁹, el TJUE admitió la posibilidad de introducir un salario mínimo en la contratación pública a través de una norma

⁷⁷⁴ También conocida por hacer prevalecer la libertad de prestación de servicios, los hechos que dan lugar a la STJCE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06) se refieren al pago por una empresa subcontratista polaca a sus trabajadores, de salarios inferiores a los pactados por la contratista principal con un Land alemán. La contratista principal había acordado dichos salarios en cumplimiento de una ley del Land, la cual establecía la obligación de pagar un salario mínimo en virtud de remisión a un convenio colectivo que carecía de eficacia general o universal.

⁷⁷⁵ STJCE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06), apartado 31.

⁷⁷⁶ STJCE *Asunto Rüffert*, 3 de abril de 2008 (C-346/06), apartado 33.

⁷⁷⁷ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: “Desplazamiento trasnacional de trabajadores...”, ob. cit.

⁷⁷⁸ Vid. Capítulo IV, subepígrafe 2.2.1.6: “La Directiva ¿una norma de estándares máximos de protección?”

⁷⁷⁹ STJUE *Asunto Regiopost*, 17 de noviembre de 2015 (C-115/14). En este asunto, la discusión se centró en determinar si un Land alemán podía establecer mediante una ley regional, la imposición de pagar el salario mínimo fijado en dicha ley a los licitadores de sus contratos y sus subcontratistas.

regional. Si bien el caso presenta varias aristas interesantes, a efectos de este análisis se discutía la calificación de la norma regional como fuente reguladora de una cuantía de salario mínimo, que a mayor abundamiento no resultaba aplicable a los contratos entre privados. Al respecto, el TJUE manifestó que – contrariamente al supuesto de hecho analizado en el *Asunto Rüffert*– la norma regional imponía por sí misma una cuantía de salario mínimo, añadiendo que en el momento de los hechos no existía otra normativa nacional que impusiera un salario mínimo de importe inferior⁷⁸⁰. Asimismo, se argumentaba que la aplicación de la ley regional únicamente a la contratación pública no era óbice para considerarla como fuente reguladora del salario mínimo en los términos de la DDT, pues el requisito de aplicación general solo se establecía para los convenios colectivos y laudos arbitrales⁷⁸¹.

Más allá de los cuestionamientos a las fuentes que establecían los salarios mínimos, otro grupo de sentencias del TJUE se pronunció con respecto a los elementos que podían formar parte de la cuantía del salario mínimo, circunstancia que resulta interesante, ya que la garantía salarial de la DDT estaba referida a un importe y no a unas estructuras salariales concretas. Así fue como en 2005, la sentencia en el *Asunto Comisión contra Alemania*⁷⁸² estableció que los incrementos y complementos salariales que no modificasen el equilibrio entre los servicios prestados por el trabajador y la contraprestación recibida –como, por ejemplo, las pagas extraordinarias o la cotización a fondos de vacaciones en el Estado de envío– debían contabilizarse como cuantía del salario mínimo, a efectos de comparar el salario mínimo garantizado entre el Estado de envío y el Estado de acogida⁷⁸³. Por el contrario, quedaban fuera del concepto de salario mínimo

⁷⁸⁰ STJUE *Asunto Regioplast*, 17 de noviembre de 2015 (C-115/14), apartado 62.

⁷⁸¹ STJUE *Asunto Regioplast*, 17 de noviembre de 2015 (C-115/14), apartado 63.

⁷⁸² STJCE *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, 14 de abril de 2005 (C-341/02). En este asunto, la Comisión Europea reclamaba el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 96/71/CE. Concretamente, que no reconocía como conceptos integrantes del salario mínimo, el total de incrementos y complementos abonados por los empresarios establecidos en otros estados miembros, a sus trabajadores del sector de la construcción desplazados en Alemania.

⁷⁸³ STJCE *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, 14 de abril de 2005 (C-341/02), apartado 43.

aquellos incrementos y complementos que compensaban la realización de un trabajo suplementario o en condiciones concretas –tales como las primas de calidad y las primas por trabajos insalubres, penosos o peligrosos– y no debían considerarse parte del salario mínimo, en tanto que modifican el equilibrio entre los servicios prestados por la persona trabajadora desplazada y la contraprestación recibida⁷⁸⁴.

Este criterio referido al equilibrio de prestaciones para la determinación de la inclusión de un incremento o concepto salarial como integrante del salario mínimo fue reiterado por el TJUE en el *Asunto Isbir*⁷⁸⁵. En este caso, se estableció que las sumas a tanto alzado abonadas fuera del periodo en que habitualmente se pagaba el salario formaban parte de la cuantía de salario mínimo, en tanto esa fuese la intención del empleador y que no se produjese una modificación en el equilibrio de las prestaciones⁷⁸⁶. Sin embargo, con respecto a las aportaciones empresariales para la formación de un patrimonio de la persona trabajadora, en cumplimiento de una política social del Estado de acogida, el TJUE concluyó que aquellas se diferenciaban del salario, pese a no poder separarse de la prestación laboral⁷⁸⁷.

En virtud del *Asunto Sähköalojen*⁷⁸⁸, el TJUE concluyó que el salario mínimo podía calcularse por hora y/o a destajo, conforme a la clasificación en grupos salariales

⁷⁸⁴ STJCE *Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, 14 de abril de 2005 (C-341/02), apartados 39 y 40.

⁷⁸⁵ STJCE *Asunto Isbir*, 7 de noviembre de 2013 (C-522/12). La sentencia se refiere caso del Sr. Isbir, trabajador desplazado en el sector de limpieza de edificios, quien sostenía que había cobrado un salario inferior a aquel que establecía el convenio colectivo aplicable en el Estado de acogida. Por el contrario, la empresa empleadora argumentaba haber abonado un salario superior al reclamado, en cuanto había pagado al trabajador dos sumas a tanto alzado y había realizado una aportación para la formación de un patrimonio, conceptos que debían entenderse integrantes del salario mínimo.

⁷⁸⁶ STJCE *Asunto Isbir*, 7 de noviembre de 2013 (C-522/12), apartados 40 a 42.

⁷⁸⁷ STJCE *Asunto Isbir*, 7 de noviembre de 2013 (C-522/12), apartado 44.

⁷⁸⁸ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13). En el caso sometido a la decisión del TJUE, una empresa establecida en Polonia había desplazado trabajadores a Finlandia, con la finalidad de realizar trabajos de electrificación en una central nuclear. En el aspecto que interesa a este estudio, los trabajadores cedieron sus créditos salariales al sindicato finlandés Sähköalojen ammattiliitto, la cual, al demandar a la empresa polaca sostuvo que la remuneración mínima no se había calculado conforme a los convenios colectivos aplicables en Finlandia, los cuales establecían criterios más favorables a los trabajadores.

determinada por los convenios colectivos del Estado de acogida⁷⁸⁹. Asimismo, determinó que sí formaban parte de la cuantía del salario mínimo la paga de vacaciones y los complementos por desplazamiento y por trayecto diario que no abonasen gastos efectivamente realizados por las personas trabajadoras⁷⁹⁰. Por el contrario, sostuvo que, al tratarse de una compensación de gastos, no podía considerarse salario al reembolso de gastos de alojamiento y a los cheques de restaurante⁷⁹¹.

Al referirse a hechos anteriores a la adopción de la Directiva de 2018, cabe finalizar este análisis con el *Asunto Rapisped*⁷⁹². Siguiendo la argumentación realizada en el *Asunto Sähköalojen*, el TJUE estableció que una dieta determinada en función de la duración del desplazamiento formaba parte de la cuantía del salario mínimo, a menos que se abonase como reembolso de gastos efectivamente realizados o bien constituyese un incremento derivado de un trabajo suplementario o en condiciones concretas⁷⁹³. Sin embargo, no queda claro si un complemento por ahorro de combustible ha de considerarse parte del salario mínimo en el sector de transporte de carretera, toda vez que el TJUE vinculó el análisis de su admisibilidad

⁷⁸⁹ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartado 43, en el cual sostiene que las normas de clasificación de las personas trabajadoras en grupos salariales del Estado de acogida se aplican en lugar de las normas del Estado de envío, a efectos de determinar las condiciones más favorables.

En todo caso, el TJUE señala que las normas de clasificación en grupos salariales deben ser vinculantes y transparentes, esto es, accesibles y claras, correspondiendo al juez nacional comprobar tales extremos (apartado 44).

⁷⁹⁰ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartados 46 a 57 y 64 a 69.

⁷⁹¹ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto contra Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartados 58 a 63.

⁷⁹² STJUE *Asunto Rapisped*, 8 de julio de 2021 (C-428/19). En lo que nos concierne, el caso sometido a decisión prejudicial se refiere a unos conductores de transporte de mercancías de una empresa húngara desplazados en Francia, quienes sostenían que su salario correspondiente al tiempo trabajado en Francia era inferior al salario mínimo francés. Por el contrario, la empresa sostenía que el salario a comparar debía incluir las dietas percibidas y un complemento por ahorro de combustible que se les abonaba. Resulta preocupante, en todo caso, que el TJUE determine que el derecho de la Unión Europea no se opone a que una empresa de transporte por carretera pague a sus conductores un complemento calculado a partir de un ahorro que les incitaba a conducir de una manera que podía poner en peligro la seguridad del tráfico, según indicó el tribunal remitente.

⁷⁹³ STJUE *Asunto Rapisped*, 8 de julio de 2021 (C-428/19), apartados 50 a 54.

al Reglamento (CE) N.º 561/2006, relativo a tiempos de conducción, pausas, transportes y descanso⁷⁹⁴.

En su intención de delimitar el contenido de la noción «cuantías del salario mínimo» y, sin perjuicio de la modificación de la garantía salarial por la Directiva de 2018, la jurisprudencia reseñada continúa siendo útil, toda vez que ha sentado bases interpretativas que incluso han trascendido a la nueva versión de la DDT. En lo que se refiere a las fuentes reguladoras de la garantía salarial, los asuntos sometidos al conocimiento del TJUE evidenciaron la eficacia insuficiente de la DDT como norma armonizadora, en atención a las profundas diferencias entre las legislaciones y los sistemas de relaciones laborales de los distintos Estados miembros. En todo caso, la relevancia de estas sentencias es que permitieron determinar los puntos débiles de la DDT en su aplicación práctica e inspiraron las modificaciones establecidas por la Directiva de 2018 para subsanarlos. De hecho, según hemos señalado, la adición de los convenios colectivos «ampliamente aplicados» en un mismo nivel territorial como fuente reguladora de la DDT, fue un intento de solucionar las problemáticas que ocasionaba la inexistencia de convenios colectivos de aplicación universal en algunos Estados miembros⁷⁹⁵.

Por otra parte, aunque la noción de «cuantía de salario mínimo» haya sido eliminada con la adopción de la Directiva de 2018, la senda jurisprudencial en la determinación de este concepto es relevante para comprender las causas que llevaron a la modificación a la garantía y la finalidad pretendida con su nueva redacción. Como es evidente, la cuestión del equilibrio de las prestaciones a efectos de determinar si determinados complementos o sumas a tanto alzado forman parte del salario ha quedado definitivamente superada, pero subsiste el criterio de la diferenciación entre el salario y las aportaciones en metálico inspiradas en medidas de política social. En el contexto de la nueva redacción de la garantía, la consideración de que la remuneración puede calcularse por hora y/o a destajo sigue siendo de utilidad, así como los criterios proporcionados por los *Asuntos*

⁷⁹⁴ STJUE *Asunto Rapsiped*, 8 de julio de 2021 (C-428/19), apartados 55 a 63.

⁷⁹⁵ *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.2.2: “Fuentes reguladoras de las condiciones laborales garantizadas por la Directiva 96/71/CE”.

Sähköalojen y Rapidsped para reconocer la aplicabilidad de las normas de clasificación profesional de los convenios colectivos del Estado de acogida a los efectos de determinar la remuneración garantizada en dicho Estado y la clarificación de la naturaleza salarial de ciertas percepciones, como, por ejemplo, los complementos de desplazamiento, de trayecto y las dietas.

Por último, debemos señalar que la relevancia del *Asunto Sähköalojen* es indudable, puesto que sus argumentos y conclusiones han servido de base para las modificaciones establecidas por la Directiva de 2018. En lo tocante a la remuneración, el *Asunto Sähköalojen* ha tenido incidencia en lo que se refiere a la calificación de ciertos complementos como integrantes del salario y en la adición de dos nuevas condiciones laborales garantizadas en el núcleo duro –las condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador y los complementos o reembolsos de gastos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención– que derivan de su exclusión como parte del salario mínimo. Por estas consideraciones, entendemos que el *Asunto Sähköalojen* evidentemente está destinado a orientar futuras interpretaciones de la DDT.

2.1.3.2.2. La evolución de la garantía: El concepto de remuneración y su contenido.

De acuerdo con su redacción original, la garantía salarial contenida en la DDT únicamente aseguraba a las personas trabajadoras desplazadas una remuneración conforme al salario mínimo fijado por el Estado de acogida. Sin embargo, la falta de armonización de normas sobre fijación de salarios en el ordenamiento comunitario –por no existir base jurídica para ello en los tratados⁷⁹⁶– y la noción del salario mínimo como un máximo garantizado, entorpecía el cumplimiento del objetivo principal de la DDT, esto es, asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior a través de la prevención del dumping salarial.

En relación con la garantía salarial, el estudio de impacto que acompañó a la Propuesta de modificación de 2016 recogió varias deficiencias evidenciadas en

⁷⁹⁶ VANDAMME, François: “Labour mobility within the European Union: Findings, stakes and prospects”. *International labour review*. 2000, Vol. 139, N. ° 4, p. 450.

estudios referidos al desplazamiento de personas trabajadoras. Tal como daban cuenta las sentencias analizadas, el estudio advertía que, a menos que en el Estado miembro de acogida existiesen convenios colectivos de aplicación universal, las personas trabajadoras desplazadas solo tenían derecho al salario mínimo legal, en caso de que aquel existiese⁷⁹⁷. E incluso existiendo convenios de aplicación general, las empresas tendían a pagar los sueldos correspondientes a los grupos profesionales con salarios más bajos, en vez del grupo profesional verdaderamente equivalente al del trabajador desplazado⁷⁹⁸. Asimismo, en cuanto la DDT atribuía a cada Estado miembro la determinación de la noción de salario mínimo en su territorio, la composición de la garantía no era nítida y variaba entre los Estados⁷⁹⁹. A todo lo anterior, se sumaba la falta de claridad de las normas con respecto a la determinación de los salarios en situaciones específicas como la subcontratación, cesión de trabajadores y trabajadoras o la circulación intracomunitaria de personas trabajadoras en los grupos de empresa, con el consecuente riesgo de diferencias de trato⁸⁰⁰.

Debido a estas deficiencias, la propuesta de revisión de la DDT de 2016 planteó, entre otras modificaciones, la promoción del principio de igual remuneración del mismo trabajo en un mismo lugar⁸⁰¹. Dicha promoción se lograría reemplazando la noción de «cuantías de salario mínimo» por «remuneración», en el entendido que, con aquella modificación, sería posible aplicar a las personas trabajadoras desplazadas el régimen de remuneración de los trabajadores del Estado de acogida⁸⁰².

En atención a que el plazo de transposición de la Directiva de 2018 finalizó recién en julio de 2020 y, teniendo en consideración el influjo de las medidas para frenar

⁷⁹⁷ SWD(2016) 52 Final, p. 11.

⁷⁹⁸ SWD(2016) 52 Final, p. 11.

⁷⁹⁹ SWD(2016) 52 Final, p. 11.

⁸⁰⁰ SWD(2016) 52 Final, pp. 14-17.

⁸⁰¹ COM (2016) 128 FINAL, p. 2.

⁸⁰² COM (2016) 128 FINAL, p. 8.

la COVID-19 –en particular, la limitación de la movilidad de las personas–el TJUE aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la modificación de esta garantía. Sin embargo, desde la doctrina ya se han apuntado algunas conclusiones: en lo que respecta al concepto de «remuneración», se sostiene que con su introducción la DDT es más clara, en cuanto abarca todos los salarios brutos, complementos y beneficios, así como la prerrogativa de los Estados miembros de establecer sus sistemas de relaciones laborales y negociación de salarios, en un intento de prevenir otra situación semejante a *Laval*⁸⁰³. En el mismo sentido, se sostiene que la sustitución terminológica constituye uno de los mayores impactos de la reforma, dado que la «remuneración» integra todos los elementos constitutivos de ésta que sean obligatorios en virtud de las fuentes reguladoras establecidas por la DDT o las prácticas nacionales⁸⁰⁴.

Otro aspecto que resaltar es la modificación del texto de la propuesta en lo que se refiere a la competencia de los Estados miembros de establecer salarios según sus normas o prácticas, pues se ha entendido que, al eliminarse de los considerandos introductorios de la Directiva el párrafo que imponía a los Estados miembros justificar sus reglas de determinación de la remuneración en el objetivo de protección de las personas trabajadoras, así como la obligación de no restringir desproporcionadamente la libre prestación de servicios a través de aquellas reglas, el TJUE ya no podría inmiscuirse mediante la apreciación de la proporcionalidad de las mismas⁸⁰⁵.

⁸⁰³ CARTER, Daniel: “Equal pay for equal work in the same place? Assessing the revision to the Posted workers Directive”. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2018, N.º 1, Vol. 14, p. 60

⁸⁰⁴ SALA FRANCO, Tomás y LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique: : “Evolución y aspectos críticos...”, ob. cit., p. 45.

⁸⁰⁵ COSTAMAGNA, Francesco: “The Revision of the Posted Workers Directive as a meaningful way to curb regulatory competition in the social domain?”. *Sant’Anna Legal Studies, STALS Research Papers*. 2019, N.º 2, p. 17. El autor se refiere al Considerando N.º 12 de la propuesta de Directiva, el cual señalaba: “Compete a los Estados miembros establecer normas sobre remuneración de conformidad con su legislación y sus prácticas. No obstante, la aplicación de normas nacionales en materia de remuneración a los trabajadores desplazados debe justificarse por la necesidad de protegerlos, y no debe restringir de forma desproporcionada la prestación transfronteriza de servicios”. Convertido en el Considerando N.º 17 de la Directiva (UE) 2018/957, su redacción final es la que sigue: “Compete a los Estados miembros fijar normas sobre remuneración de conformidad con su legislación o las prácticas nacionales. La fijación de los salarios es competencia exclusiva de los Estados miembros y los interlocutores sociales. Debe prestarse especial atención a que no se menoscaben los sistemas nacionales de fijación de los salarios ni la libertad de las partes implicadas”.

Aunque de la modificación conceptual se deriva una ampliación objetiva del contenido de la garantía, ello no significa que se alcance una igualdad de trato con los trabajadores y trabajadoras del Estado de acogida. Es necesario tener en cuenta que la comparación entre remuneraciones continúa realizándose con respecto a sus cuantías y, en principio, la DDT no establece que el salario de la persona trabajadora desplazada deba adaptarse a la estructura que marcan las fuentes reguladoras del Estado de acogida. Pero incluso la igualdad de remuneración en términos cuantitativos es insuficiente para entender que existe una igualdad de trato: como ha apuntado la doctrina, la persona trabajadora desplazada podría no tener acceso a los mismos beneficios que los trabajadores y trabajadoras locales, citándose a modo de ejemplo ciertas retribuciones en especie tales como seguro médico, coche de empresa o cheques de restaurante⁸⁰⁶, reconocidos por las empresas establecidas en el Estado de acogida a sus propios trabajadores. En ese sentido, aun cuando se le garantizase a la persona trabajadora desplazada un importe equivalente en dinero respecto a este tipo de beneficios, el salario no sería, en estricto rigor, idéntico.

A lo señalado cabe agregar que las modificaciones tampoco hacen alusión a aspectos que, si bien no constituyen elementos de la remuneración, inciden en la determinación de los ingresos netos de los trabajadores desplazados. Al respecto, se ha advertido que no existen disposiciones que homogenicen la fiscalidad de las rentas o una garantía de conservación del régimen tributario más favorable, dada la posibilidad de soportar una carga tributaria superior a causa del desplazamiento⁸⁰⁷. De tal manera, a causa del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, aun prevaleciendo la legislación más favorable en lo relativo a la remuneración, las personas trabajadoras desplazadas podrían verse en una

⁸⁰⁶ MINDERHOUD, Paul: "Revised Posted Workers Directive: in the service of fair labour mobility?". *MoveS Seminar Croatia*. Zagreb, 25 October 2019, p. 59.

⁸⁰⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: "La retribución del expatriado...", ob. cit., pp. 522-528.

situación desfavorable en comparación con los trabajadores y trabajadoras no desplazados, tanto en el Estado de envío como el de acogida⁸⁰⁸.

Una problemática a la que la Directiva de 2018 tampoco da solución es a la utilización, de las categorías profesionales de menor cualificación, por parte de las empresas que desplazan personas trabajadoras, como parámetro de comparación de la remuneración del Estado de envío, circunstancia que es considerada como una brecha importante entre la teórica igualdad de trato y la práctica⁸⁰⁹. Es comprensible que la DDT no imponga reglas para determinar la equivalencia de categorías profesionales, pero, si añadimos a esta circunstancia el hecho de que las empresas pueden justificar sus infracciones en las demoras o falta de claridad en la información proporcionada por los sitios web nacionales oficiales, las buenas intenciones de la Directiva de 2018 al reformular esta garantía pueden verse malogradas. Aunque la Directiva 2014/67/UE o Directiva de Refuerzo –a la que nos referiremos más adelante– habría sido la norma comunitaria idónea para solventar esta cuestión, a través de los mecanismos que aquella establece para velar por el cumplimiento de la DDT, esta norma comunitaria tiene sus propias deficiencias y la interpretación dada por el TJUE en este aspecto no es alentadora.

En definitiva, la evolución de la garantía desde el aseguramiento de unas cuantías mínimas de salario a la remuneración determinada conforme a las fuentes reguladoras del Estado de acogida constituye la modificación más importante de la Directiva de 2018 y una mejora significativa a las condiciones laborales garantizadas por la DDT a las personas trabajadoras. No obstante, resta por conocer cuál será la contribución del TJUE a la construcción del concepto de remuneración y si la reforma de la DDT en esta materia deriva en una transformación de la doctrina jurisprudencial comunitaria, particularmente respecto

⁸⁰⁸ Según hemos manifestado en ROMERO FUENTES, Jessica: “La a Directiva (UE) 2018/957 y las reformas del núcleo duro de condiciones laborales”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 440, pp. 104-105.

⁸⁰⁹ LHERNOULD, Jean-Philippe: “Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What will change in 2020?”. *ERA Forum*. 2019, N.º 20, p. 257.

a la apología de la libre prestación de servicios que hizo tristemente célebre a la DDT.

2.1.3.2.3. La remuneración de las horas extraordinarias.

Si bien el abono de las horas extraordinarias se aborda tangencialmente por la DDT, la norma comunitaria considera como integrante de la remuneración el importe pagado por su realización, de modo que forman parte de esta garantía salarial.

En atención a que las horas extraordinarias consisten en el trabajo efectivo realizado sobre la duración máxima de la jornada, entendemos que su devengo se determinará una vez se establezca qué legislación es más favorable en materia de periodos máximos de trabajo, condición garantizada por el artículo 3.1 letra a) DDT, a la que hemos hecho referencia en epígrafes previos. En otras palabras, será hora extraordinaria el tiempo de trabajo efectivo que supere la jornada ordinaria determinada conforme a la DDT.

Por último, debemos señalar que la legislación aplicable a la jornada de trabajo y a la remuneración puede no ser coincidente, por cuanto el legislador comunitario las instituye como dos condiciones de trabajo diferenciadas. En todo caso, en cuanto no es posible aplicar la técnica del «espiguelo normativo» a la determinación de la remuneración, entendemos que el abono de las horas extraordinarias se regirá conforme a lo establecido en la legislación que determine la remuneración de la persona trabajadora desplazada⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Debe hacerse presente que, como advierte MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 336. en algún caso, la doctrina judicial española ha admitido la supresión de las normas relativas a horas extraordinarias en cuanto existirían otras percepciones salariales que compensarían las horas extraordinarias. La autora cita la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 1997 (Rec. 4544/1996), la cual argumenta: “pretende el recurrente, que el tiempo de trabajo que excede de las cuarenta horas semanales que se pactara se consideren como horas extraordinarias y lógicamente solicita su abono; pero olvida que en su contrato de trabajo se hizo constar que los horarios, turnos, régimen de descanso y calendario será el que prevean las normas del lugar en donde presten sus servicios, y en previsión de la existencia de jornadas diferentes, se estableció un denominado «plus de expatriación» que sobradamente compensa cualquier diferencia de jornada que pudiera existir”.

2.1.3.2.4. Supuestos de inaplicación de la garantía a la remuneración.

Inalterados por la Directiva de 2018, existen algunos casos que se encuentran exentos de la aplicación de la garantía a la remuneración de la DDT. En otras palabras, la norma comunitaria autoriza a remunerar a las personas trabajadoras desplazadas con los salarios correspondientes al Estado de envío, en los casos que ésta identifica.

En primer lugar, el artículo 3.1 letra c) establece que la garantía salarial no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional. Esta exclusión debe relacionarse con la adopción de la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad. En su artículo 6, esta Directiva impone a los Estados miembros adoptar medidas con la finalidad de que las cotizaciones al régimen complementario continúen efectuándose en el Estado de envío mientras la persona trabajadora esté desplazada, de manera que, si el trabajador o trabajadora desplazada y/o su empleador mantienen el pago de tales cotizaciones, estarán exentos de cotizar a un régimen complementario en el Estado de acogida⁸¹¹.

Son asimismo supuestos de inaplicación de la garantía, tanto los trabajos de montaje inicial realizados por trabajadores de una empresa proveedora que tengan su causa en un contrato de suministro de bienes y de duración inferior a ocho días [artículo 3.2 DDT]⁸¹², como los trabajos considerados «de escasa importancia» por

⁸¹¹ Artículo 6 de la Directiva 98/49/CE: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las cotizaciones a un régimen complementario de pensión establecido en un Estado miembro puedan seguir siendo abonadas por un trabajador desplazado que esté afiliado a un régimen de este tipo, o en su nombre, durante todo el tiempo en que esté destinado en otro Estado miembro.

2. Cuando, en aplicación del apartado 1, continúen pagándose cotizaciones a un régimen complementario de pensión establecido en un Estado miembro, el trabajador desplazado y, en su caso, su empresario quedarán exentos de cualquier obligación de cotizar a un régimen complementario de pensiones en otro Estado miembro”.

⁸¹² Artículo 3.2 de la Directiva 96/71/CE: “ Las letras b) y c) del párrafo primero del apartado 1 [garantía de la duración mínima de las vacaciones anuales y de la remuneración] no se aplicarán a los trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora, cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días.

los Estados miembros [artículo 3.5 DDT]⁸¹³. En el primero de los supuestos, la propia norma comunitaria establece como requisitos cumulativos el que los trabajos sean indispensables para poner en funcionamiento el bien y que aquellos sean realizados por personas trabajadoras cualificadas de la empresa proveedora, añadiendo la disposición que esta excepción no podrá aplicarse a las actividades en el ámbito de la construcción. En el segundo caso serán los Estados miembros los que deban definir qué tipo de trabajos serán considerados «de escasa importancia», si bien no pueden atribuir ese carácter a las prestaciones de las personas trabajadoras desplazadas cedidas por una Empresa de Trabajo Temporal.

Aunque no se establece su exclusión preceptiva, los Estados miembros están facultados para exceptuar de la garantía de la remuneración a los desplazamientos en el marco de una contrata o una circulación intragrupal con duración inferior a un mes, previa consulta a los interlocutores sociales [art. 3.3 DDT]⁸¹⁴, pudiendo también los Estados miembros delegar tal atribución en el respectivo convenio colectivo [art. 3.4 DDT]⁸¹⁵. De acuerdo con los Considerandos de la DDT⁸¹⁶ y la

Esta disposición no se aplicará a las actividades en el ámbito de la construcción mencionadas en el Anexo”.

⁸¹³ Artículo 3.5 de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros podrán establecer una excepción a lo dispuesto en las letras b) y c) del párrafo primero del apartado 1 [garantía de la duración mínima de las vacaciones anuales y de la remuneración] en los casos mencionados en las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 1 [desplazamientos en el marco de una contrata o circulación de la persona trabajadora entre empresas del grupo], con motivo de la escasa importancia de los trabajos que deban efectuarse”.

⁸¹⁴ Artículo 3.3 de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros podrán decidir, previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con los usos y costumbres de cada Estado miembro, que no se apliquen las disposiciones de la letra c) del párrafo primero del apartado 1 [garantía de la remuneración] en los casos a que se refieren las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 1 [desplazamientos en el marco de una contrata o circulación de la persona trabajadora entre empresas del grupo] cuando la duración del desplazamiento de los trabajadores no sea superior a un mes”.

⁸¹⁵ Artículo 3.4 de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros podrán disponer, de conformidad con las legislaciones o usos nacionales, que podrán introducirse excepciones a las disposiciones de la letra c) del párrafo primero del apartado 1 [garantía de la remuneración] en los casos a que se refieren las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 1 [desplazamientos en el marco de una contrata o circulación de la persona trabajadora entre empresas del grupo], así como a una decisión de un Estado miembro conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo [inaplicación de la garantía de la remuneración en desplazamientos de duración inferior a un mes], mediante convenios colectivos con arreglo al apartado 8 del presente artículo, relativos a uno o más sectores de actividad, cuando la duración del desplazamiento de los trabajadores no sea superior a un mes”.

⁸¹⁶ Considerando 16 de la Directiva 96/71/CE: “Considerando que, además, conviene garantizar cierta flexibilidad en la aplicación de las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; que, en caso de que la duración del desplazamiento no sea superior a un mes, los Estados miembros podrán, en determinadas condiciones, establecer excepciones a las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo o contemplar la posibilidad de establecer excepciones

Propuesta de Directiva en 1991, esta posibilidad tiene su fundamento en la conveniencia de garantizar cierta flexibilidad en la aplicación de las normas de la DDT, dado que en aquella época el carácter marginal y el escaso número de ese tipo de desplazamientos les convertía en poco relevantes en términos de distorsión de la competencia⁸¹⁷.

De lo señalado es posible inferir que las exclusiones establecidas por la DDT con respecto a la garantía a la remuneración tienen su fundamento, bien en la aplicación de otras normas comunitarias, bien en la flexibilidad establecida por el legislador comunitario respecto de desplazamientos considerados de mínima contribución al fenómeno del dumping salarial. Por su parte, aunque no se explicitó ni por la DDT ni por la propuesta que la antecedió, entendemos que la imposibilidad de establecer excepciones a la aplicación de esta garantía en el caso de los desplazamientos de personas trabajadoras efectuados por ETTs tiene su fundamento en la precariedad que se atribuía a este tipo de empleo⁸¹⁸. Esta apreciación no resultó errada, pues, pese a las reglas específicas que impedían inaplicar la garantía de la remuneración, se detectó posteriormente que era en los desplazamientos realizados por estas empresas donde surgían más problemas, especialmente en el sector de la construcción, en el cual se descubrieron agencias establecidas exclusivamente para eludir la aplicación de los estándares laborales⁸¹⁹.

a través de convenios colectivos; que, en caso de que los trabajos que se vayan a efectuar sean de escasa importancia, los Estados miembros podrán establecer excepciones a las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas”.

⁸¹⁷ COM (91) 230 FINAL, p. 15.

⁸¹⁸ En la STJUE *Asunto Webb* de 17 de diciembre de 1981 (279/80), que determinó que la cesión de mano de obra era una prestación de servicios, el TJUE sostiene en su apartado 19: “A este respecto, procede reconocer que la cesión de mano de obra constituye un terreno particularmente delicado desde el punto de vista profesional y social. Debido a la naturaleza particular de las relaciones laborales inherentes a este tipo de actividad, el ejercicio de la misma afecta directamente tanto a las relaciones en el mercado laboral como a los intereses legítimos de los trabajadores afectados. Ello resulta, por otra parte, de las legislaciones de determinados Estados miembros en la materia, que tienden, por una parte, a eliminar posibles abusos y, por otra, a limitar el ámbito de esta actividad o, incluso, a prohibirla totalmente”.

⁸¹⁹ CREMERS, Jan: *In Search of Cheap Labour in Europe: Working and Living Conditions of Posted Workers*. European Institute for Construction Labour Research, 2011, p. 26, citado por ZAHN, Rebecca: “Revision of the Posted Workers Directive: A Europeanisation Perspective”. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2017, N.º 19, p. 199.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto las exclusiones de la garantía de la remuneración podrían ser utilizadas para evadir las disposiciones de la DDT a través de desplazamientos sucesivos pero separados por un periodo de tiempo, resulta indispensable la comprobación por las respectivas Autoridades Laborales, del número de desplazamientos en el periodo de referencia establecido por la DDT en las tres modalidades de desplazamientos que pueden llevarse a cabo.

2.1.3.3. Garantía a las condiciones de trabajo durante el desplazamiento de personas trabajadoras cedidas a una empresa usuaria.

La actual traducción oficial al castellano del artículo 3.1 letra d) de la DDT, tras las modificaciones de la Directiva de 2018, garantiza *“las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal”*⁸²⁰. Sin embargo, previo al análisis de esta garantía en particular, debemos advertir que, en algunas versiones el texto del artículo 3.1 letra d) DDT no fue objeto de modificación por la Directiva de 2018, mientras que en otros idiomas como el italiano y el castellano se introdujo una variación en la traducción oficial de la garantía.

En la versión de la DDT de 1996 en lengua inglesa, esta disposición garantizaba *“the conditions of hiring-out of workers, in particular the supply of workers by temporary employment undertakings”* y fue traducida al castellano como *“las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino”*. Con la adopción de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la denominación «agencias de trabajo interino» –considerada peyorativa– fue sustituida por las expresiones «empresas de trabajo temporal» y «agencias de colocación»⁸²¹, por lo que entendemos que la

⁸²⁰ Artículo 3.1 letra d) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] d) las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal”.

⁸²¹ LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 68.

nueva traducción pretendía actualizar terminología obsoleta y que denotaba una mercantilización del trabajo humano.

Reconociendo que la antigua traducción de la garantía al castellano tampoco era afortunada, ninguna de las dos traducciones es clara al expresar el verdadero sentido de la disposición: la DDT establece la aplicación de los requisitos impuestos por los Estados miembros a las ETTs para la cesión de trabajadores a una empresa usuaria en lo que respecta a sus condiciones laborales, esto es, los estándares mínimos que el Estado de acogida está facultado a imponer a los proveedores de servicios extranjeros para asegurar la igualdad de trato⁸²². Lo anterior, salvo que la legislación del Estado de envío sea más favorable a la persona trabajadora.

Para una mejor comprensión del contenido de la garantía es necesario un inciso: esta disposición supone la interacción de dos Directivas, la DDT y la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, con fundamento jurídico en los artículos 7 y 31 CDFUE y cuya finalidad es la protección social de las personas trabajadoras. Ambas Directivas prevén garantías para los fenómenos que regulan, pero debe destacarse que la Directiva 2008/104/CE no impone a los Estados miembros uniformidad con respecto a los supuestos en que se permite o no la cesión temporal⁸²³. En ese sentido se pronunciaba la DDT en su considerando 19, al manifestar que su aprobación no obstaba a la aplicación de la normativa de cada Estado miembro en lo referente a la cesión de personas trabajadoras⁸²⁴. De tal manera, la garantía establecida por el artículo 3.1 letra d) DDT no autoriza a recurrir a la aplicación de la legislación más favorable para eludir prohibiciones o restricciones a la cesión temporal de personas trabajadoras en el

⁸²² SCHÖMANN, Isabelle y GUEDES, Coralie: *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*. Bruselas: ETUI, 2012, p. 58; SCHLACTER, Monika: "Equal treatment for Transnational Temporary Agency Workers?", en EVJU, Stein (Ed.): *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance*. Oslo: Institutt for privatrett, 2014, p. 268.

⁸²³ STJUE *Asunto AKT*, 17 de marzo de 2015 (C-533/13), apartados 28 a 31. Señala el TJUE que a los Estados miembros no se les exige adoptar una determinada normativa respecto a la cesión de personas trabajadoras, sino que las prohibiciones y restricciones que establezcan al respecto deben, bien eliminarse, bien adaptarse, para que puedan justificarse en razones de interés general.

⁸²⁴ Considerando 19 de la Directiva 96/71/CE: "Considerando, sin perjuicio de otras disposiciones de la normativa comunitaria, que la presente Directiva no obliga a reconocer legalmente la existencia de agencias de trabajo temporal ni menoscaba la aplicación por los Estados miembros de sus leyes relativas al suministro de mano de obra y de empresas de trabajo temporal a empresas no establecidas en su territorio pero que operan en él dentro del marco de la prestación de servicios".

Estado de acogida, sino que su contenido únicamente se refiere a las condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras cedidos que el Estado de acogida pretenda asegurar a las personas trabajadoras desplazadas⁸²⁵.

En atención a que la DDT antecede en más de diez años a la regulación efectuada la Directiva 2008/104/CE, la Directiva de 2018 modificó y añadió disposiciones referidas a los desplazamientos de personas trabajadoras cedidas por ETTs a efectos de integrar esta norma comunitaria a la DDT. Si bien no se han incluido en el núcleo duro como condiciones laborales garantizadas, estimamos que las disposiciones de los artículos 3.1 *ter* y 3.9 de la DDT están relacionadas con la garantía a las condiciones de trabajo durante la cesión de personas trabajadoras por una ETT del artículo 3.1 letra d) DDT y se hacen valer a través de ésta, en cuanto hacen referencia directa a condiciones de trabajo de las personas trabajadoras desplazadas por ETTs.

En primer lugar, el artículo 3.1 *ter* DDT impone a los Estados miembros legislar una garantía expresa de atribución a los desplazados por una ETT extranjera a su territorio, las condiciones de trabajo aplicadas a las personas trabajadoras cedidas por ETTs del Estado de acogida, conforme a la transposición del artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE⁸²⁶. Dichas condiciones pretenden asegurar la igualdad de trato entre personas trabajadoras contratadas por ETTs y aquellas que prestan servicios directamente a la empresa usuaria mientras la persona trabajadora cedida se encuentra en misión y, en términos generales, están referidas a: (i) las condiciones esenciales de trabajo (duración de jornada, horas extraordinarias,

⁸²⁵ En lo que se refiere a la determinación de la legislación aplicable al contrato de puesta a disposición, nos remitimos a LUQUE PARRA, Manuel: "Actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas", en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 342-347. La argumentación del autor mantiene su vigencia pese a las referencias al Convenio de Roma, atendida la similitud de sus normas con el Reglamento Roma I en materia de contrato de trabajo.

⁸²⁶ Artículo 3.1 *ter* de la Directiva 96/71/CE: "Los Estados miembros dispondrán que las empresas a que se refiere el artículo 1, apartado 3, letra c), garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo que se aplican, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a los trabajadores cedidos por dichas empresas de trabajo temporal establecidas en el Estado miembro donde se realice el trabajo.

La empresa usuaria informará a las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 3, letra c), de las condiciones de trabajo que aplica en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de remuneración dentro del alcance previsto en el párrafo primero del presente apartado".

pausas, periodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones pagadas, días festivos y remuneración); (ii) disposiciones en materia de seguridad y salud aplicables a la empresa usuaria en lo referente a mujeres embarazadas, puérperas, niños y jóvenes; (iii) disposiciones aplicables a la empresa usuaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, y; (iv) eventualmente el régimen de seguridad social puede ser una condición esencial si así lo establecen los Estados miembros⁸²⁷. Si bien es posible advertir que estas condiciones de trabajo son prácticamente coincidentes con las establecidas por la DDT, salvo en

⁸²⁷ Artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE: “1. Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

A efectos de la aplicación del párrafo primero, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas:

a) a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como
b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual,

deberán respetarse, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general.

2. Por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones.

3. Los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1.

4. Siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los Estados miembros en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por estos, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio contemplado en el apartado 1. Dichas disposiciones podrán incluir la fijación de un plazo para alcanzar la igualdad de trato.

Las disposiciones a que se refiere el presente apartado se ajustarán al Derecho comunitario y serán suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. En particular, los Estados miembros especificarán, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, si los regímenes profesionales de seguridad social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera, están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo a que se refiere el apartado 1. Dichas disposiciones se entenderán, asimismo, sin perjuicio de los acuerdos a escala nacional, regional, local o sectorial que sean menos desfavorables a los trabajadores.

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas”.

Si bien esta norma admite la posibilidad de que los Estados miembros puedan excepcionar sus previsiones, para los objetivos de este estudio entendemos que es suficiente con mencionar cuales pueden ser las condiciones de trabajo en que se asegura igualdad de trato con la empresa usuaria.

lo que respecta al régimen de seguridad social, debemos recordar que el objetivo de la Directiva 2008/104/CE es mejorar la calidad del empleo a través de una ETT, garantizando el respeto del principio de igualdad de trato entre las personas trabajadoras de una ETT y aquellas contratadas directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto⁸²⁸.

En segundo lugar, el artículo 3.9 DDT autoriza a los Estados miembros para que en su condición de Estados de acogida puedan incrementar la protección a las personas trabajadoras contratadas por ETTs desplazadas a su territorio⁸²⁹. A tal fin, el Estado de acogida podrá asegurar la aplicación de otras condiciones de trabajo, distintas a las garantizadas en virtud del artículo 1.3 *ter* DDT, que también se apliquen a personas trabajadoras de ETTs en su territorio. Como es posible advertir, esta disposición es facultativa para los Estados, por lo que habrá de estarse a la respectiva norma de transposición para determinar si el Estado miembro ha hecho uso o no de tal facultad.

Aunque puede parecer una referencia circular, ya que la mayoría de las condiciones de trabajo reconocidas por el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE son a su vez condiciones garantizadas por el núcleo duro de la DDT, interesa señalar que ambas garantías tienen una finalidad diferente: mientras el artículo 3.1 letra d) DDT pretende la aplicación de las condiciones de trabajo establecidas para las personas trabajadoras cedidas en el Estado de acogida, si son más favorables, la garantía establecida en el Estado miembro *ex. art. 3.1 ter* DDT pretende la igualdad de trato entre las personas trabajadoras desplazadas cedidas por una ETT y las personas

⁸²⁸ Artículo 2 de la Directiva 2008/104/CE: “La presente Directiva tiene por objeto garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato, según se establece en el artículo 5, en relación con los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y reconociendo a las empresas de trabajo temporal como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo”.

⁸²⁹ Artículo 3.9 de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros podrán disponer que las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores a que se refiere el artículo 1, apartado 3, letra c) [personas trabajadoras desplazadas por una empresa de trabajo temporal], además de las condiciones de trabajo contempladas en el apartado 1 *ter* del presente artículo, el beneficio de otras condiciones de trabajo que se apliquen a los trabajadores temporales en el Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo”.

trabajadoras cedidas no desplazadas que presten servicios a empresas usuarias en el Estado de acogida⁸³⁰.

En un supuesto de desplazamiento desde España, podría ocurrir que la empresa usuaria en España desplace a sus propios trabajadores junto a las personas trabajadoras cedidas por la ETT. Una vez producido el desplazamiento, nos parece que sería necesario determinar, en primer lugar, la legislación más favorable a las personas trabajadoras no cedidas con respecto a las condiciones laborales garantizadas por la DDT. Lo anterior, por cuanto las condiciones que se apliquen a las personas trabajadoras desplazadas no cedidas serán el parámetro para establecer las condiciones laborales a aplicar a las personas trabajadoras cedidas desplazadas.

A continuación, en lo que respecta al grupo de condiciones laborales aseguradas *ex. art. 3.1 ter* DDT por el Estado de acogida, deberá existir igualdad de trato entre las personas trabajadoras cedidas desplazadas y las no cedidas desplazadas por la empresa usuaria. Es decir, a ambos tipos de personas trabajadoras desplazadas deberán aplicarse las mismas condiciones de trabajo, determinadas por la misma legislación que se considere más favorable.

En un tercer paso, corresponderá determinar la legislación más favorable conforme al artículo 3.1 letra d) DDT y para ello, entendemos que será necesario establecer qué legislación –la española o la del Estado de acogida– garantiza, en abstracto, la igualdad de trato para las personas trabajadoras cedidas sobre un conjunto mayor de condiciones de trabajo. Mediante esta última operación podrían compararse, por una parte, las condiciones de trabajo respecto a las cuales se establece la igualdad de trato en España entre personas trabajadoras cedidas, y no cedidas, y, por otra parte, las condiciones laborales respecto de las cuales el Estado de acogida dispone la igualdad de trato entre personas trabajadoras cedidas y no cedidas en su mercado de trabajo.

⁸³⁰ CAIRÓS BARRETO, Dulce: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos...”, *ob. cit.*, pp. 146-147.

En síntesis, los tres pasos para la determinación de las condiciones de trabajo garantizadas a las personas trabajadoras cedidas desplazadas serían: (i) determinar la legislación más favorable a las personas trabajadoras desplazadas de la empresa usuaria, respecto a cada condición laboral del núcleo duro; (ii) en relación con cada condición de trabajo garantizada en el núcleo duro, aplicar a las personas trabajadoras desplazadas cedidas por una ETT la misma legislación que se aplicará a las personas trabajadoras desplazadas por la empresa usuaria, y; (iii) comparar qué legislación, si la española o la del Estado de acogida, garantiza la igualdad a las personas trabajadoras cedidas respecto a un mayor número de condiciones de trabajo. Si en esta última operación se determinase que la legislación del Estado de acogida es la más favorable, la igualdad de trato durante el desplazamiento entre personas trabajadoras cedidas y no cedidas de la empresa usuaria debería extenderse a las condiciones laborales no contempladas por la legislación española. A nuestro entender, esta es la explicación que interpreta de forma sistemática y dota de sentido a todos los preceptos de la norma comunitaria.

Admitimos que esta propuesta para la determinación de condiciones de trabajo de las personas trabajadoras desplazadas por ETT podría ser refutada, ya que, en puridad, el artículo 3.1 *ter* DDT, impone a los Estados legislar que a las personas trabajadoras cedidas desplazadas se les asegure igualdad de trato respecto a las mismas condiciones laborales que se les asegura a las personas trabajadoras cedidas en el Estado de acogida, de acuerdo con el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE. Pero si el objetivo de la Directiva 2008/104/CE es alcanzar la igualdad de trato entre trabajadores cedidos y no cedidos, entendemos que la persona trabajadora comparable, a efectos de determinar la igualdad de trato, es la persona trabajadora no cedida de la empresa usuaria, que en el supuesto que hemos planteado serían trabajadores a quienes se aplica la legislación española.

En un segundo supuesto, si las personas trabajadoras son desplazadas desde España para ser cedidas a una empresa usuaria en otro Estado miembro⁸³¹, la

⁸³¹ Cabe señalar que FERNÁNDEZ AVELLO, Noelia: "Cesiones temporales sucesivas por medio de empresas de trabajo temporal y supuestos de movilidad transfronteriza". La Ley Unión Europea. 2020, N.º 87 [edición electrónica], entiende que la Directiva 96/71/CE podría no resultar aplicable a las personas trabajadoras que son contratadas por una ETT para prestar servicios inicial y directamente a una empresa usuaria en otro Estado miembro, en atención a que la Directiva 2018/957/UE hace referencia a un trabajo habitual para la ETT en el Estado de envío.

garantía de igualdad de trato operaría en relación con el grupo de condiciones de trabajo garantizadas *ex. art. 3.1 ter DDT* por el Estado de acogida, pero teniendo como parámetro a las personas trabajadoras no cedidas y no desplazadas que presten servicios a la empresa usuaria en el Estado de acogida. En este caso, una vez establecidas las condiciones laborales que deben ser idénticas conforme al artículo 3.1 *ter DDT*, deberá determinarse la legislación más favorable según el artículo 3.1 letra d) DDT, comparando nuevamente qué legislación garantiza la igualdad de trato sobre un grupo mayor de condiciones de trabajo.

Este segundo supuesto permite plantear al menos dos cuestiones. Podría suceder que, respecto al conjunto de condiciones laborales garantizadas *ex. art. 3.1 ter DDT* a las personas trabajadoras de ETT desplazadas desde España en comparación con los trabajadores de la empresa usuaria del Estado de acogida, una vez realizada la nivelación, resulten unas condiciones laborales inferiores a las que a éstos corresponderían en España. Al no existir personas trabajadoras a las que resultara aplicable la legislación española y cuyas condiciones laborales pudieran servir como parámetro, el mínimo garantizado serían las normas españolas por ser la legislación aplicable a la relación laboral, pero no las condiciones establecidas por un convenio colectivo determinado.

Aunque quizás estemos proponiendo un supuesto de laboratorio –pues el desplazamiento, por lo general, se produce hacia países con estándares laborales superiores–, es necesario hacer presente que la garantía establecida por el artículo 3.1 letra d) DDT y las restantes garantías del núcleo duro operan separadamente. Por ejemplo, si en determinado Estado de acogida el salario reconocido a las personas trabajadoras cedidas de la empresa usuaria es inferior al salario mínimo en España, por mucho que se trate de una condición garantizada *ex. art. 3.1 ter DDT* por el Estado de acogida, la persona trabajadora cedida desplazada mantendrá su derecho a la remuneración determinada conforme la legislación más favorable, en virtud del artículo 3.1 letra c) DDT. Si bien, en un caso en que las

Aunque este planteamiento es teóricamente correcto, no es menos cierto –tal como la autora reconoce– que en el caso de los desplazamientos de trabajadores por ETT, generalmente se admite que el contrato de trabajo se formalice para el desplazamiento, de manera que la habitualidad se predicará respecto al mercado laboral del Estado de origen y no respecto a la prestación de servicios en la ETT.

condiciones laborales del Estado de acogida sean inferiores a las del Estado de envío, la garantía del artículo 3.1 letra d) DDT a las condiciones para la cesión de trabajadores devendría en parcialmente inaplicable, estimamos que, sobre la base de la mayor favorabilidad para la persona trabajadora, este resultado respeta la finalidad de la DDT.

Pese a que se ha sostenido que la aplicación de las garantías proporcionadas por la DDT y la Directiva 2008/104/CE posiciona a las personas trabajadoras desplazadas cedidos por ETT en una mejor situación que otras personas trabajadoras desplazadas, por cuanto se les aseguraría la igualdad de trato y no solo unos estándares mínimos⁸³², a nuestro entender esa supuesta mejor situación únicamente existiría en el supuesto de que las condiciones laborales fuesen más favorables en el Estado de envío, pero esta mejor situación no derivaría de la aplicación de la DDT, sino de la propia legislación aplicable a la relación laboral. En los otros casos, si bien a las personas trabajadoras cedidas se les protege a través de una Directiva específica y mediante algunas disposiciones de la DDT, es necesario tener en cuenta que su situación de base supone condiciones inferiores al resto de personas trabajadoras desplazadas. Por otra parte, en caso de un desplazamiento de personas trabajadoras cedidas y no cedidas, la equiparación alcanzará las mejores condiciones laborales que puedan atribuirse a estas últimas y, aunque eventualmente pudiera ampliarse el grupo de condiciones respecto de las cuales se asegure la igualdad de trato en virtud del artículo 3.1 letra d) DDT, la equiparación nuevamente alcanzaría el nivel de las personas trabajadoras no cedidas, por lo que las personas trabajadoras de la ETT no conseguirían una mejor situación que aquellas de la empresa usuaria.

Reconociendo que este planteamiento es enrevesado, entendemos que no puede ser de otra manera, pues el tratamiento de la cesión de personas trabajadoras a través de ETTs no es más que un ejemplo de la intrincada interacción de las distintas normas comunitarias no solo entre sí, sino también con las diversas regulaciones de los Estados miembros. Lamentablemente, se trata de una materia cuya simplificación en un nivel normativo –y sin disminuir los avances alcanzados–

⁸³² SCHÖMANN, Isabelle y GUEDES, Coralie: *Temporary agency work...*, ob. cit., p. 58.

es muy compleja, pero, a la vez, su cumplimiento cabal resulta muy difícil por las dificultades interpretativas que plantea. Por esa razón, insistimos en que el orden de aplicación de garantías señalado en los párrafos anteriores puede ser la solución para articular todas las garantías a las personas trabajadoras desplazadas cedidas por ETT, interpretando de manera integrada la legislación europea que regula ambos fenómenos.

2.1.3.4. Garantía a la aplicación de normas referidas a la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.

A través del artículo 3.1 letra e), la DDT asegura a las personas trabajadoras desplazadas la aplicación de la legislación del Estado de acogida en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo⁸³³, es decir, las medidas para la prevención de riesgos laborales.

Con la adición de esta garantía, la DDT es consecuente con el importante desarrollo normativo efectuado a nivel comunitario en este ámbito, el que en una época anterior encontraba su fundamento jurídico en el artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la Unión y, en la actualidad, en el ya mencionado artículo 153.1 letra a) del TFUE y el artículo 31.1 CDFUE, que establece el derecho de toda persona trabajadora *“a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”*.

El apoyo de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales se ha concretado en la adopción de Directivas, entre las que cabe distinguir una primera y segunda generación, de acuerdo con la época de su aprobación: se ha señalado que las Directivas de primera generación se caracterizan por su sectorialización y dispersión, así como por su detallado contenido técnico y que, por su parte las Directivas de segunda generación –adoptadas a partir de la entrada en vigor del

⁸³³ Artículo 3.1 letra f) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo”.

Acta Única Europea– amplían su esfera de protección y se decantan por una regulación basada en principios y reglas jurídicas⁸³⁴.

A la segunda generación pertenece la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, también denominada «Directiva Marco». Considerada el eje vertebrador del sistema, esta norma tiene vocación de generalidad, ya que establece principios generales y se aplica a todos los sectores de actividad y todo tipo de riesgos⁸³⁵. En efecto, de su ámbito de aplicación se exceptúan únicamente los trabajadores y trabajadoras domésticas y determinadas personas trabajadoras de la función pública, como policías, militares o algunas actividades de los servicios de protección civil [artículo 2]⁸³⁶.

La adopción de la Directiva Marco tuvo por finalidad armonizar la legislación en materia de seguridad y salud laboral en toda la Unión Europea, en cuanto se consideró que las diferencias entre legislaciones podían permitir una competencia que perjudicase la seguridad y salud de las personas trabajadoras⁸³⁷. La Directiva Marco ubica a las empresas en el centro del sistema, estableciendo un principio general de responsabilidad del empresario, respecto de sus trabajadores y trabajadoras, terceros y servicios cuyas competencias solicite, así como también en caso de incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud que corresponden a las personas trabajadoras que prestan servicios para éste⁸³⁸. Entre

⁸³⁴ MUÑOZ RUIZ, Ana: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 79-82.

⁸³⁵ MUÑOZ RUIZ, Ana: *El sistema normativo de prevención...*, ob. cit., p. 85.

⁸³⁶ Artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE: “1. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)

2. La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva”.

⁸³⁷ GONZALEZ CALVET, Jaume: “El Derecho comunitario en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PÉREZ, José; RIVAS VALLEJO, Pilar (directores): *Tratado de Salud Laboral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, Tomo I, p. 531.

⁸³⁸ GONZALEZ CALVET, Jaume: “El Derecho comunitario en materia de prevención de riesgos...”, ob. cit., p. 533.

sus disposiciones más importantes, se destacan los deberes de información de los empresarios a las personas trabajadoras y sus representantes, tanto de la empresa principal como de aquellas que intervengan en su empresa o establecimiento [artículos 10.1 y 10.2]⁸³⁹, el derecho de participación y consulta de la representación de las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud laborales [artículo 11.1]⁸⁴⁰, así como obtener formación en esta materia, cuando aquellos tengan una función específica en la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras [artículo 12.3]⁸⁴¹. También se dispone la obligación de las personas trabajadoras de velar, según sus posibilidades, por su propia seguridad y salud y de las personas afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo [artículo 13.1]⁸⁴²,

⁸³⁹ Artículos 10.1 y 10.2 de la Directiva 89/391/CEE: “1. El empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores y / o sus representantes en la empresa y / o el establecimiento reciban, de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales que pueden tener en cuenta en particular el tamaño de la empresa y / o del establecimiento, todas las informaciones necesarias correspondientes a:

- a) los riesgos para la seguridad y la salud, así como las medidas y actividades de protección o de prevención que afecten tanto a la empresa y / o al establecimiento en general como a cada tipo de puesto de trabajo y / o de función;
- b) las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 del artículo 8.

2. El empresario adoptará las medidas adecuadas para que los empresarios de los trabajadores de las empresas y / o establecimientos exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento reciban, de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales, las informaciones adecuadas relativas a los puntos considerados en las letras a) y b) del apartado 1, destinados a los trabajadores en cuestión”.

⁸⁴⁰ Artículo 11.1 de la Directiva 89/391/CEE: “Los empresarios consultarán a los trabajadores y / o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo.

Ello implica:

- la consulta de los trabajadores;
- el derecho de los trabajadores y / o de sus representantes a formular propuestas;
- la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales”.

⁸⁴¹ Artículo 12.3 de la Directiva 89/391/CEE: “Los representantes de los trabajadores, que tengan una función específica en la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, tendrán derecho a una formación adecuada”.

⁸⁴² Artículo 13.1 de la Directiva 89/391/CEE: “Competerá a cada trabajador velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario”.

la instauración de medidas para la vigilancia de la salud [artículo 14]⁸⁴³ y la obligación de proteger a los grupos expuestos a riesgos [artículo 15]⁸⁴⁴.

Otro aspecto importante que destacar es que el artículo 16 de la Directiva Marco autoriza a la adopción de Directivas específicas para el desarrollo de los ámbitos que se contemplan en su anexo⁸⁴⁵. Esta disposición es el fundamento de las denominadas «Directivas hijas», las cuales definen cómo deben enfrentarse los riesgos, establecen valores límites y parámetros del entorno de trabajo⁸⁴⁶. De

⁸⁴³ Artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE: “1. Para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales.

2. Las medidas contempladas en el apartado 1 permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares.

3. La vigilancia de la salud puede ser parte de un sistema nacional de sanidad”.

⁸⁴⁴ Artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE: “Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”.

⁸⁴⁵ Artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE: “1. A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo.

2. La presente Directiva y, sin perjuicio del procedimiento mencionado en el artículo 17 en lo referente a las adaptaciones técnicas, las directivas específicas podrán ser modificadas de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 118 A del Tratado”.

3. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán plenamente al conjunto de los ámbitos cubiertos por las directivas específicas, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y / o específicas contenidas en dichas directivas específicas”.

⁸⁴⁶ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. Principios generales de la legislación europea en materia de seguridad y salud ocupacional, en *Enciclopedia de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo*. Disponible en: https://oshwiki.eu/wiki/General_principles_of_EU_OSH_legislation Fecha de última consulta: 11 de diciembre de 2021. Las «Directivas hijas», identificadas con su número de Directiva específica son: (1) Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo; (2) Directiva 2009/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo; (3) Directiva 89/656/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual; (4) Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; (5) Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; (6) Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo; (7) Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; (8) Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles; (9) Directiva 92/58/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y de salud en el trabajo; (10) Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; (11) Directiva 92/91/CEE del Consejo, de 3 de noviembre de 1992, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos; (12) Directiva 92/104/CEE del Consejo, de 3 de diciembre de 1992, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de

conformidad con el artículo 16.3 de la Directiva Marco, las Directivas específicas no derogan a la Directiva Marco en las materias que desarrollan: su aplicación ha de ser conjunta, salvo que las Directivas específicas establezcan una regulación más rigurosa y/o específica.

La profusión de normas europeas y la consiguiente dificultad para determinar – como mínimo– las normas de transposición que regulan la seguridad y salud en el trabajo en el Estado de acogida, tienen como consecuencia el hecho de que establecer las normas que han de compararse resulta una operación sumamente intrincada: no está de más recordar que ciertos convenios colectivos también pueden ser fuentes reguladoras de condiciones laborales garantizadas por la DDT, por lo que resulta necesario, tanto reconocerlos dentro del sistema de relaciones laborales de dicho Estado, como identificar las disposiciones que formarían parte de esta garantía. A lo anterior, se añaden otras dificultades advertidas por la doctrina, tales como la complejidad de precisar los estándares mínimos de protección, debido a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados o una combinación de reglas y principios imprecisos⁸⁴⁷, o bien la problemática que implica realizar la comparación de normas, toda vez que la seguridad y salud no se integra, en principio, por conceptos cuantificables⁸⁴⁸.

seguridad y de salud de los trabajadores de las industria extractivas a cielo abierto o subterráneas; (13) Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca; (14) Directiva 98/24/CE del Consejo de 7 de abril de 1998 relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; (15) Directiva 1999/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas; (16) Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones); (17) Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido); (19) Directiva 2006/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales); (20) Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos), derogando esta vigésima Directiva a la decimoctava Directiva específica.

⁸⁴⁷ MUÑOZ RUIZ, Ana: *El sistema normativo de prevención...*, ob. cit., p. 93.

⁸⁴⁸ SERRANO OLIVARES, Raquel: "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo...", ob. cit., pp. 80-81.

Debido a particularidades como las expuestas, y sobre la base de que en este campo no existen convenios de colaboración entre Estados, procedimientos o guías que proporcionen orientación, se ha propuesto el auxilio de los sistemas de gestión de prevención de riesgos certificados mediante estándares internacionales, tales como ISO («International Organization for Standardization») u OSHA («Occupational Safety and Health Administration»)⁸⁴⁹. También se plantea como solución, en el caso de desplazamientos entre empresas pertenecientes a un grupo, un acuerdo *ad hoc* entre éstas, referido a la coordinación de la prevención de riesgos⁸⁵⁰. Y es que, en efecto, entendemos que la correcta determinación de las normas más protectoras para la persona trabajadora desplazada y el cumplimiento efectivo de la legislación del Estado de acogida en esta materia, con carácter mínimo, solo resultaría posible si se cuenta con asesoría «local».

El vasto desarrollo de la prevención de riesgos laborales en el contexto europeo ha llevado a algunos autores a afirmar que las legislaciones en esta materia tienen unos estándares similares, de manera que la protección análoga que ofrecen disminuye la probabilidad de dumping o competencia desleal⁸⁵¹. A diferencia de la DDT, la Directiva Marco admite la aplicación de disposiciones más rigurosas y establece expresamente que su adopción no afecta las disposiciones nacionales – presentes o futuras– que sean más favorables [artículo 1.3]⁸⁵². Sin embargo, entendemos que la protección análoga de los Estados en esta materia, sobre la base de la armonización propiciada por las Directivas, supone que la aplicación de la DDT en esta materia concreta es más bien una mera hipótesis de laboratorio, que se desarrolla en un plano puramente teórico.

⁸⁴⁹ FERIA BASILIO, *Illuminada*: “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, p. 319.

⁸⁵⁰ FERIA BASILIO, *Illuminada*: “La protección de la seguridad y salud ...”, *ob. cit.*, p. 319.

⁸⁵¹ GIL PÉREZ, María: “Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo...”, *ob. cit.*, p.181.

⁸⁵² Artículo 1.3 de la Directiva 89/391/CEE: “La presente Directiva no afecta a las disposiciones nacionales y comunitarias, existentes o futuras, que sean más favorables para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo”.

Admitidas las dificultades que representa la identificación de la legislación más favorable a la persona trabajadora, es necesario precisar que el alcance de la garantía a las condiciones de trabajo en materia de seguridad y salud en el trabajo establecida por la DDT se refiere a las medidas y acciones específicas establecidas para paliar las características del trabajo que puedan influir en la generación de riesgos⁸⁵³. Por lo tanto, la Directiva Marco resulta aplicable a los desplazados en cuanto contiene principios generales que orientan la prevención de riesgos laborales en el ámbito comunitario y constituye el antecedente de las «Directivas hijas».

En el mismo sentido, y por ser una consecuencia del incumplimiento de la obligación de prevención del empresario, estimamos que las disposiciones del Estado de acogida sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo o enfermedad profesional relacionados con el desplazamiento deben formar parte de esta garantía, a efectos de su comparación con las normas españolas. Dicha responsabilidad también podría demandarse en el Estado de acogida, a elección de la persona trabajadora, en virtud de la regla especial de competencia judicial establecida por la DDT. Lo anterior, sin perjuicio de la determinación de la contingencia profesional por la institución competente española, a efectos del pago de prestaciones.

Interesa destacar que un sector de la doctrina ha planteado la posibilidad de considerar a las personas trabajadoras expatriadas (y desplazadas) como «especialmente sensibles», en los términos del artículo 25.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el artículo 28 del mismo cuerpo legal⁸⁵⁴. La doctrina no es unánime: mientras hay quien objetan la atribución de tal condición por el mero hecho de la expatriación o el desplazamiento⁸⁵⁵, otros autores

⁸⁵³ Hemos utilizado la definición de «condiciones de trabajo» en el sentido amplio que le otorga el artículo 4 7.º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁸⁵⁴ FERIA BASILIO, Iluminada: “La protección de la seguridad y salud...”, ob. cit., p. 321; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: “Prevención de riesgos laborales y trabajadores expatriados”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (Dir.): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 709-710.

⁸⁵⁵ QUINTERO LIMA, María Gema: “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2012, Vol. 4, N.º 1, pp. 193-194. La autora entiende que el desplazamiento no se puede

sostienen que las personas trabajadoras especialmente sensibles no lo son únicamente «por naturaleza» o «por condición»⁸⁵⁶, de manera que podría predicarse una especial sensibilidad objetiva del hecho de enfrentarse a circunstancias derivadas del cambio de lugar de trabajo, cambio de horario o de puesto de trabajo, circunstancias a las que puede superponerse una especial sensibilidad particular o subjetiva⁸⁵⁷.

Coincidiendo con este último planteamiento, y entendiendo que la prestación de servicios en un país extranjero y en un lugar que no ha sido libremente elegido por la persona trabajadora –incluso si la movilidad ha sido fruto de un pacto entre las partes– es un riesgo psicosocial en sí mismo, nos adherimos a la propuesta de realizar, como mínimo, una evaluación previa al desplazamiento y la vigilancia de la salud en función de los riesgos detectados, sea con servicios de prevención propios, sea con servicios de prevención asentados en el Estado de acogida⁸⁵⁸.

La propuesta referida es, además, coherente con la concepción amplia y dinámica de la Directiva Marco en relación con las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud establecidas en su artículo 6.1, que impone a éstos velar por la adaptación de las medidas para la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras ante un cambio de circunstancias⁸⁵⁹, como evidentemente resulta el traslado de su residencia al extranjero. En el mismo sentido, el artículo 6.2 letra d) de la Directiva Marco establece como principio de prevención “*adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos*

configurar como una causa general de especial sensibilidad, toda vez que el desplazamiento temporal no convertiría al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori* más sensible a los riesgos.

⁸⁵⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: “Prevención de riesgos laborales...”, ob. cit., p. 709.

⁸⁵⁷ FERIA BASILIO, Iluminada: “La protección de la seguridad y salud...”, ob. cit., p. 324.

⁸⁵⁸ FERIA BASILIO, Iluminada: “La protección de la seguridad y salud...”, ob. cit., pp. 344-345.

⁸⁵⁹ Artículo 6.1 de la Directiva 89/391/CEE: “En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios.

El empresario deberá velar para que se adapten estas medidas a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes”.

*de trabajo y de producción...*⁸⁶⁰, el cual, aplicado a la situación de las personas trabajadoras desplazadas conduce también a la conveniencia de la realización de una evaluación previa.

2.1.3.5. Garantía a la aplicación de medidas de protección referidas a las condiciones de trabajo de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y de los niños, niñas y jóvenes.

El artículo 3.1 letra f) de la DDT establece como garantía la aplicación de la legislación del Estado de acogida con respecto a las condiciones de salud y seguridad en el trabajo de dos categorías de trabajadores cuya especial sensibilidad a riesgos laborales es inobjetable: las mujeres embarazadas o que han sido madres recientemente y los niños, niñas y jóvenes⁸⁶¹. Pese a que la DDT no hace referencia explícita al periodo de lactancia, hemos de entender que éste se encuentra incluido en la garantía por estar regulado en la Directiva 92/85/CEE, si bien debe hacerse presente que no existe interpretación de esta garantía de la DDT por la jurisprudencia comunitaria.

Con fundamento jurídico en el artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, actual artículo 153.1 letra a) del TFUE⁸⁶², y sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva 89/391/CEE –Directiva Marco relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y salud en el trabajo– el derecho de la Unión Europea contiene dos normas que sientan las bases de la protección a estos colectivos.

⁸⁶⁰ Artículo 6.2 letra d) de la Directiva 89/391/CEE: “El empresario aplicará las medidas previstas en el párrafo primero del apartado 1 con arreglo a los siguientes principios generales de prevención: [...] d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud”.

⁸⁶¹ Artículo 3.1 letra f) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes”.

⁸⁶² Para facilitar la lectura, reiteramos el texto del artículo 153.1 letra a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores”.

Estas normas son, por una parte, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y por otra, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

En términos generales, la Directiva 92/85/CEE efectúa un tratamiento global con respecto a la protección de la trabajadora embarazada, estableciéndose las directrices para la evaluación de los riesgos asociados al puesto de trabajo, a fin de evitar la exposición de la trabajadora y de su hijo o hija a éstos, así como un eventual daño a su salud⁸⁶³⁻⁸⁶⁴. De tal manera, las condiciones y el tiempo de trabajo deben adaptarse al estado de la trabajadora y, de no ser posible, ha de realizarse un cambio de puesto de trabajo o bien dispensarla de prestar servicios. Asimismo, la Directiva impone a los Estados miembros el deber de establecer un permiso de maternidad de un mínimo de 14 semanas ininterrumpidas a distribuir antes y/o después del parto [artículo 8]⁸⁶⁵ y la prohibición del despido en el periodo que comprende el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad,

⁸⁶³ CAIRÓS BARRETO, Dulce: "Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia". *Lan Harremanak*. 2010, N.º 23, p. 90.

⁸⁶⁴ La STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-167/12), apartados 35 y 43, ha determinado que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a quien ha tenido un hijo mediante maternidad subrogada, incluso si puede amamantar al niño o lo amamanta efectivamente, toda vez que dicho permiso tiene por finalidad la protección de la salud de la madre durante la situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo.

⁸⁶⁵ Artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE: "1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales."

excepto en casos excepcionales en que el despido no tenga relación con el embarazo o maternidad [artículo 10]⁸⁶⁶⁻⁸⁶⁷.

Sobre la base de la comunicación del embarazo, su notoriedad o su conocimiento de forma indirecta⁸⁶⁸, es importante distinguir si el embarazo, el parto o el periodo de lactancia es previo al desplazamiento o acontece durante éste. En el primero de los casos, entendemos que lo lógico sería realizar una evaluación de riesgos previa y referida específicamente a las condiciones, puesto de trabajo y lugar de trabajo durante el desplazamiento⁸⁶⁹, pues si se sostiene que el mero hecho de la expatriación puede determinar la calificación de persona trabajadora sensible⁸⁷⁰, con mayor razón lo será la trabajadora embarazada, puérpera o con un hijo lactante. Si el embarazo, parto o lactancia acontece durante el desplazamiento, una nueva evaluación de riesgos resulta igualmente necesaria, con idénticas

⁸⁶⁶ Artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE: “Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

⁸⁶⁷ En la STJUE *Asunto Porras Guisado*, 22 de febrero de 2018 (C-103/16), apartado 74, y pese a que el despido se prohíbe por la potencial afectación de la salud de la trabajadora, el TJUE ha determinado que, si la normativa nacional no establece prioridad en su permanencia, las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas con causa en un despido colectivo.

⁸⁶⁸ CAIRÓS BARRETO, Dulce: “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada...”, ob. cit., p. 103, entiende que no existe obligación legal de comunicar el embarazo, parto o lactancia, de manera que el deber de seguridad del empresario se despliega completamente a partir de la toma de conocimiento de estas circunstancias, sea directa o indirectamente.

⁸⁶⁹ En STJUE *Asunto González Castro*, 19 de septiembre de 2018 (C-41/17), apartados 51 a 53, se determina que la Directiva 92/85/CE se aplica a la situación de una trabajadora en periodo de lactancia que realiza un trabajo a turnos en el que parte del mismo es en horario nocturno, ya que, si quedara excluida de su ámbito de aplicación, la protección a que tiene derecho se vería reducida.

⁸⁷⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: “Prevención de riesgos laborales...”, ob. cit., pp. 708- 709. Sostiene el autor que “los trabajadores especialmente sensibles no lo son solo «por naturaleza» o «por condición», sino que perfectamente pueden serlo en determinadas situaciones psicofísicas que determinen una incompatibilidad entre su estado y el trabajo habitual que tienen que realizar”.

prevenciones respecto al eventual cambio de puesto de trabajo o exención de prestar servicios, según establece el artículo 5.1 de la Directiva 92/85/CEE⁸⁷¹.

En cualquier caso, el retracto empresarial por el nuevo estado de la trabajadora, sea revocando la expatriación, sea determinando el retorno, únicamente puede basarse en razones justificadas en su seguridad y salud, so pena de incurrir en discriminación por razón de sexo⁸⁷². Y previo a ese retracto, tal como sostiene la doctrina científica, deben realizarse las actuaciones necesarias para adaptar el puesto de trabajo o evaluar un cambio en el mismo, pues la inacción empresarial al respecto –limitándose a expulsar temporalmente a la trabajadora a través de la gestión/concesión de la prestación por riesgo en el embarazo o la lactancia– contravendría el artículo 5.1 de la Directiva 92/85/CEE y constituiría una discriminación por razón de sexo⁸⁷³. En ese sentido, entendemos que la

⁸⁷¹ Artículo 5 de la Directiva 92/85/CEE: “1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva, 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo *mutatis mutandis*”.

⁸⁷² Al respecto, la STJUE Asunto *Mahlburg*, de 3 de febrero de 2000 (C-207/98), apartado 27: “la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante”.

En España, y según analizaremos en el siguiente capítulo, la STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2013, N.º 3120/2013 (Rec. 451/2013) ha considerado que la decisión de repatriar anticipadamente a la trabajadora tiene su causa en su embarazo, las bajas relacionadas y el ejercicio de derechos derivados de su maternidad, lo que constituye una discriminación por razón de sexo, pese a que la empresa “pretende justificar la decisión de la actora [...] alegando que la decisión de repatriar a la actora se hizo para evitar duplicidad de funciones, facilitar su maternidad en un ambiente socio-laboral próximo a su entorno familiar y vital y adaptar el nivel del personal en la obra a la producción pendiente de ejecutar”.

⁸⁷³ BALLESTER PASTOR, M. Amparo: “La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)”. *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*. 2019, N.º Extraordinario, p. 200. La autora sostiene que el artículo 26 de la LPRL debería reformarse para asegurarse que la adaptación del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada es el primer paso, estableciéndose expresamente la exigencia de una justificación adecuada por parte del empresario y audiencia de los representantes de los trabajadores, entre otras.

expatriación bien podría suspenderse como medida preventiva mientras exista la situación de riesgo y reanudarse cuando ésta cese, salvo que no resulte técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse, circunstancias eximentes de la obligación adaptativa según el artículo 5 de la Directiva 92/85/CEE.

En lo que se refiere a las personas trabajadoras jóvenes, habida consideración de que un desplazado desde España nunca tendrá una edad inferior a 16 años –salvo que intervenga en espectáculos públicos con autorización de la autoridad laboral–, el artículo 6 de la Directiva 94/33/CE establece la obligación del empresario de realizar una evaluación de riesgos antes de su incorporación al trabajo. La finalidad de esta evaluación es aplicar las medidas necesarias para la protección de la seguridad y salud del o la joven, informando a éste y a sus representantes legales de los resultados de la evaluación. En sus siguientes artículos, la norma comunitaria establece prohibiciones de trabajo de niños, niñas y adolescentes en determinadas circunstancias o que supongan la exposición a riesgos específicos [artículo 7]⁸⁷⁴; la limitación del tiempo de trabajo a 8 horas diarias y 40 horas semanales en lo que respecta a los adolescentes, esto es, mayores de 15 años que ya no estén sujetos a escolaridad obligatoria [artículo 8.2]⁸⁷⁵, así como un periodo mínimo de 12 horas

⁸⁷⁴ Artículo 7 de la Directiva 94/33/CE: “1. Los Estados miembros velarán por que se proteja a los jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto de los jóvenes.
2. Con tal fin y no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4, los Estados miembros prohibirán el trabajo de los jóvenes en trabajos:
a) que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas;
b) que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano;
c) que impliquen una exposición nociva a radiaciones;
d) que presenten riesgos de accidente de los que se pueda suponer que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificarlos o prevenirlos; o
e) que pongan en peligro su salud por exponerles a frío o calor, ruidos, o a causa de vibraciones.
Entre los trabajos que pueden entrañar riesgos específicos para los jóvenes en el sentido del apartado 1 figuran, en particular:
— los trabajos que impliquen una exposición nociva a los agentes físicos, biológicos y químicos que figuran en el punto I del Anexo, y
— los procedimientos y trabajos que figuran en el punto II del Anexo.
3. Los Estados miembros podrán autorizar, por vía legislativa y/o reglamentaria, excepciones al apartado 2 para los adolescentes cuando éstas sean imprescindibles para la formación profesional de los mismos, con la condición de que se garantice la protección de su seguridad y de su salud confiando el control de dichos trabajos bajo la vigilancia de una persona competente en el sentido del artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE y siempre que se garantice la protección dispuesta por dicha Directiva”.

⁸⁷⁵ Artículo 8.2 de la Directiva 94/33/CE: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los adolescentes a ocho horas diarias y a 40 horas semanales”.

de descanso entre jornadas y de dos días de descanso semanal, que excepcionalmente podrá reducirse a 36 horas consecutivas [artículos 10.1 y 10.2]⁸⁷⁶; la prohibición, como regla general, del trabajo nocturno de adolescentes entre 22:00 a 6:00 o entre 23:00 a 7:00 y prohibición absoluta del trabajo entre 0:00 y 04:00, con excepción de cuatro supuestos tasados de actividades [artículo 9]⁸⁷⁷, y; pausas de al menos 30 minutos, preferentemente consecutivos, en caso que los y las jóvenes trabajen más de cuatro horas y media al día [artículo 12]⁸⁷⁸. Reglas

De acuerdo con el artículo 3 letra c) de la misma Directiva, es adolescente “todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional”.

⁸⁷⁶ Artículos 10.1 y 10.2 de la Directiva 94/33/CE: “1. a) Los Estados miembros que se acojan a la facultad contemplada en las letras b) o c) del apartado 2 del artículo 4 tomarán las medidas necesarias para que los niños disfruten de un período mínimo de descanso de 14 horas consecutivas por cada período de 24 horas, b) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los adolescentes disfruten de un período mínimo de descanso de 12 horas consecutivas por cada período de 24 horas.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que, por cada período de siete días:
— los niños respecto de los que se haya hecho uso de la facultad contemplada en las letras b) o c) del apartado 2 del artículo 4, y
— los adolescentes,
disfruten de un período mínimo de descanso de dos días, a ser posible consecutivos.

Cuando razones técnicas o de organización así lo justifiquen, podrá reducirse el período mínimo de descanso, si bien en ningún caso podrá ser inferior a 36 horas consecutivas.

En principio, en el período mínimo de descanso contemplado en los dos párrafos anteriores estará incluido el domingo”.

⁸⁷⁷ Artículo 9 de la Directiva 94/33/CE: “1. a) Los Estados miembros que se acojan a la facultad contemplada en las letras b) o c) del apartado 2 del artículo 4 tomarán las medidas necesarias para prohibir el trabajo de los niños entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana.

b) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el trabajo de los adolescentes entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana.

2. a) En determinados sectores, los Estados miembros podrán autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, el trabajo de adolescentes durante el período de prohibición de trabajo nocturno a que se refiere la letra b) del apartado 1.

En este caso, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que un adulto vigile al adolescente siempre que dicha vigilancia sea necesaria para la protección de adolescente.

b) En caso de aplicación de la letra a) seguirá prohibido el trabajo entre las doce de la noche y las cuatro de la madrugada.

No obstante, los Estados miembros podrán autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, el trabajo de adolescentes durante el período de prohibición de trabajo nocturno, en los casos que se mencionan a continuación, cuando razones objetivas así lo justifiquen y siempre que se conceda a los adolescentes un descanso compensatorio adecuado y que no se pongan en entredicho los objetivos a que se refiere el artículo 1:

- trabajos realizados en los sectores navegación o pesca,
- trabajos realizados en el marco de las fuerzas armadas o de la policía,
- trabajos realizados en hospitales o establecimientos similares,
- actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario.

3. Antes de poder ser destinados al trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, los adolescentes tendrán derecho gratuitamente a un reconocimiento médico y a una evaluación de sus condiciones, salvo cuando su trabajo durante el período de prohibición de trabajo tenga un carácter excepcional”.

⁸⁷⁸ Artículo 12 de la Directiva 94/33/CE: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los jóvenes que trabajen más de cuatro horas y media al día disfruten de una pausa de al menos treinta minutos, a ser posibles consecutivos”.

que deben cumplirse con ocasión del desplazamiento, en todos los casos en que esté involucrada una persona menor de 18 años⁸⁷⁹, con independencia de los años con que se alcance la mayoría de edad en el Estado de envío de que se trate y el Estado de destino.

En todo caso, debemos hacer presente que la posibilidad de que una persona menor de edad sea desplazada parece remota, no solo por la protección reforzada que la propia normativa comunitaria le proporciona y sus consecuencias desde la perspectiva de la organización del trabajo. A nuestro entender, la validez del ejercicio del poder empresarial a través de una medida de movilidad geográfica internacional respecto de un menor es, por decir lo menos, dudosa, en cuanto atiende al interés de la propia empresa y no al interés superior del menor, principio que también deberá respetar la movilidad de la persona trabajadora joven consensuada con sus representantes legales⁸⁸⁰. Al igual que en el caso de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, por tratarse de un colectivo especialmente sensible a los riesgos laborales, insistimos en la necesidad de una evaluación de riesgos específica previa a la expatriación y referida a la prestación de servicios en el extranjero y a las condiciones en que ésta se desarrollará.

Para finalizar, y reiterando las dificultades que supone la comparación de legislaciones en esta materia a efectos de determinar la mayor favorabilidad para la persona trabajadora, entendemos que la comparación habrá de realizarse entre las normas de transposición de estas Directivas, tanto en el Estado de envío como en el Estado miembro.

⁸⁷⁹ Artículo 2.1 de la Directiva 94/33/CE: “La presente Directiva se aplicará a toda persona menor de 18 años que tenga una relación o un contrato de trabajo definido en la legislación vigente en un Estado miembro o regulado por la legislación vigente en un Estado miembro”.

⁸⁸⁰ Coincidimos con RIVAS VALLEJO, Pilar: “La contratación de prestaciones laborales por parte de personas menores de edad: capacidad y especialidades”. *La Ley Derecho de Familia*. 2017, N.º 13 [edición electrónica], quien sostiene que el interés superior del menor “debe planear [...] no solo sobre la vinculación o permanencia, sino también sobre las condiciones de trabajo o pactos anexos”.

2.1.3.6. Garantía a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

El artículo 3.1 letra g) DDT establece como condiciones del núcleo duro de la relación laboral, tanto el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres como aquellas disposiciones que establezcan la prohibición de la discriminación en el Estado de acogida⁸⁸¹. Y es que tales materias son de máxima relevancia para el legislador europeo, pues su protección no solo constituye un objetivo de la Unión Europea de acuerdo con los artículos 8 y 10 TFUE⁸⁸², sino que éstas alcanzan rango de derechos fundamentales, al estar consagrados en los artículos 21 y 23 CDFUE⁸⁸³.

Con la finalidad de dotar de contenido a esta garantía del núcleo duro de la DDT en relación con las normas vigentes en el ámbito europeo, entendemos que es necesario diferenciar entre aquellas normas comunitarias que tienen por objetivo la igualdad de trato entre mujeres y hombres y aquellas que proscriben la discriminación, pues esta última puede efectuarse por motivos diversos al sexo. La complejidad y amplitud que caracteriza a la igualdad de trato y no discriminación –temática que por sí sola es objeto de extensos estudios– nos obliga a un tratamiento general, mediante una breve alusión a las normas que las regulan, así

⁸⁸¹ Artículo 3.1 letra g) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”.

⁸⁸² Artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.
Artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁸⁸³ Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

como a los aspectos que, a nuestro entender, podrían tener incidencia en el desplazamiento de personas trabajadoras.

2.1.3.6.1. Igualdad de trato entre hombres y mujeres.

A diferencia de otros títulos competenciales en materia de no discriminación con origen más reciente, la cuestión de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito comunitario ya surgía en el Tratado de Roma de 1957, si bien con un objetivo económico: se pretendía evitar el dumping social a través de la incorporación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, pues solo uno de los Estados miembros de aquella época lo establecía en su legislación⁸⁸⁴.

A partir de la inicial igualdad de retribución, el principio de igualdad de los sexos fue desarrollándose a través de la técnica legislativa de las «muñecas rusas», esto es, mediante una ampliación progresiva del ámbito de aplicación de las normas que lo tutelaban⁸⁸⁵. Por esa razón, se señala que la igualdad de trato entre hombres y mujeres ha evolucionado desde su instauración en la esfera retributiva hasta la aprobación de una serie de directivas de igualdad que, bien revisaron o sustituyeron las ya existentes, bien establecieron nuevos mínimos comunitarios en diversos ámbitos normativos⁸⁸⁶.

En el ámbito laboral resulta imprescindible mencionar el artículo 157 TFUE en relación con la igualdad de los sexos, norma que consagra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de retribución, el principio de igualdad de oportunidades y de trato en asuntos de empleo y ocupación, así como el reconocimiento de las medidas de acción positiva⁸⁸⁷. En lo que respecta a la

⁸⁸⁴ LOUSADA AROCHENA, José: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 48.

⁸⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, José: *El derecho fundamental a la igualdad...*, p. 49.

⁸⁸⁶ LOUSADA AROCHENA, José: *El derecho fundamental a la igualdad...*, pp. 68-69.

⁸⁸⁷ Artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: "1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

igualdad de trato retributiva, la jurisprudencia comunitaria ha determinado que esta disposición impone una obligación de resultado y tiene efecto directo entre particulares⁸⁸⁸ y recientemente se ha aprobado la Directiva 2023/970 de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, cuyo plazo de transposición finaliza en 2026.

Sin perjuicio de la nueva Directiva, el Parlamento Europeo ha apuntado como principales actos legislativos en materia de igualdad de sexos con incidencia en la esfera laboral a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y a la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁸⁸⁹. Aunque existen otras normas comunitarias referidas a la igualdad de sexos, entendemos que no forman parte del contenido de la garantía de la DDT, bien porque regulan cuestiones de seguridad social, bien

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

⁸⁸⁸ STJUE *Asunto Tesco Stores* de 3 de junio de 2021 (C-624/19), apartados 20 y 39. En el caso sometido al conocimiento del TJUE, las trabajadoras de las tiendas Tesco Stores, en el Reino Unido, sostenían que su trabajo en las tiendas tenía igual valor que el trabajo de los trabajadores de sexo masculino empleados en los centros de distribución de la empresa. La empresa, por su parte, alegaba que el artículo 157 TFUE carecía de efecto directo, en cuanto el criterio de trabajo de igual valor debía ser precisado por el derecho nacional o de la Unión.

El TJUE determina que el artículo 157 TFUE impone una obligación de resultado y tiene efecto directo entre particulares cuando se invoca la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras para un “trabajo de igual valor”, cuestión que debe ser objeto de apreciación fáctica por el órgano jurisdiccional nacional.

⁸⁸⁹ Parlamento Europeo. La igualdad entre hombres y mujeres. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres> Fecha de última consulta: 02 de diciembre de 2021.

porque no se aplican a las personas trabajadoras por cuenta ajena, de modo que exceden el ámbito de protección de la DDT: tal es el caso de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, referida a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Con respecto a la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debemos señalar que esta norma deroga varias Directivas anteriores referidas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las materias que regula, refundiéndolas y reuniéndolas en este único texto⁸⁹⁰. Entre sus disposiciones específicas es posible mencionar aquellas referidas a la igualdad de sexos en materia retributiva y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, en la formación profesional, en las condiciones de empleo y trabajo, así como en la afiliación, participación y percepción de prestaciones por parte de organizaciones de personas trabajadoras⁸⁹¹.

Interesa detenernos en los artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE, que aluden a los permisos de maternidad y paternidad. En lo que respecta al permiso de maternidad –asegurado a través del artículo 3.1 letra f) de la DDT– el artículo 15 la Directiva 2006/54/CE regula una garantía de no regresión con respecto al puesto de trabajo una vez finalizado dicho permiso, así como el derecho de la trabajadora a beneficiarse de las mejoras en materia de condiciones de trabajo a las que

⁸⁹⁰ Según el considerando 1 de la Directiva 2006/54/CE, entre las normas refundidas se encuentran la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, la Directiva 86/378/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad, la Directiva 75/117/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos y la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

⁸⁹¹ En la estructura de la Directiva 2006/54/CE, el Título I establece disposiciones generales, tales como la finalidad de la Directiva, definiciones y la autorización a los Estados miembros para la conservación o adopción de medidas de acción positiva, que si bien serán aplicables en cuanto constituyen criterios interpretativos de la norma, no establecen derechos por sí mismas. Por su parte, los Títulos III y IV contienen disposiciones referidas al cumplimiento, aplicación, garantía de efectividad de la Directiva, así como obligaciones para los Estados miembros en esta materia.

hubiera podido acceder durante su ausencia⁸⁹². Por su parte, el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE establece idénticas garantías para los trabajadores o trabajadoras que disfruten del permiso de paternidad y/o adopción, añadiendo que los Estados miembros que reconozcan estos derechos deben adoptar medidas para protegerles del despido motivado por el ejercicio de dicho permiso⁸⁹³.

Las disposiciones anteriores se complementan con la regulación efectuada por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y adoptada con la finalidad de lograr igualdad entre hombres y mujeres⁸⁹⁴. En sus artículos 4 a 8, esta Directiva se refiere a los siguientes derechos individuales de ausencia: (i) el permiso de paternidad, vinculado al cuidado de una persona recién nacida y que se establece por primera vez como un estándar mínimo para todos los Estados miembros, pese a que su disfrute no es obligatorio⁸⁹⁵; (ii) el permiso parental, cuya finalidad es el cuidado de un hijo menor de ocho años; (iii) el permiso para cuidadores, vinculado al cuidado o ayuda personal de un familiar que viva en el hogar de la persona trabajadora y que requiera asistencia por una enfermedad grave, y; (iv) el permiso por fuerza

⁸⁹² Artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE: “La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”.

⁸⁹³ Artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE: “La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres y mujeres— del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”.

⁸⁹⁴ Artículo 1 de la Directiva (UE) 2019/1158: “La presente Directiva establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.

Para ello, la presente Directiva establece derechos individuales relacionados con lo siguiente:

- a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores;
- b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores”.

⁸⁹⁵ CABEZA PEREIRO, Jaime: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista de derecho social*. 2020, N.º 92, pp. 53-56.

mayor familiar, relacionado con enfermedad o accidente que requieran urgentemente la presencia del trabajador o trabajadora⁸⁹⁶.

Asimismo, el artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 se refiere a las fórmulas de trabajo flexible, estableciendo la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que las personas trabajadoras con hijos hasta una edad determinada tengan derecho a solicitarlas, la obligación de los empleadores de estudiar y atender las solicitudes, justificando las denegaciones y aplazamientos y el derecho de los trabajadores y trabajadoras a volver al modelo de trabajo original antes del plazo acordado, si ello está justificado en un cambio de circunstancias⁸⁹⁷. Las garantías para el ejercicio de estos derechos son análogas a las establecidas por la Directiva 2006/54/CE, reiterándose el mandato a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar un trato menos favorable a las personas trabajadoras

⁸⁹⁶ Para un análisis pormenorizado de los distintos permisos nos remitimos a CABEZA PEREIRO, Jaime: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”, ob. cit. y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta: “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa*. 2020, N.º 12 [Edición electrónica]. Esta última autora conceptualiza los diferentes permisos de la forma que sigue:

- Permiso de paternidad. Es un permiso de cuidado de hijo biológico, de titularidad exclusiva o preferentemente masculina, de una duración mínima de 10 días laborables y no obligatorio. Su finalidad sería prestarle cuidados al hijo en el momento de su nacimiento, aunque podría disfrutarse parcialmente antes del nacimiento, a efectos de atender y acompañar a la madre en el parto.
- Permiso parental. Derecho individual de ausencia del trabajo de una duración mínima de cuatro meses, cuya finalidad es cuidar a un hijo menor de 8 años. Se concede también a los adoptantes y puede ser cedido parcialmente al otro padre.
- Permiso para cuidadores. Es un derecho de ausencia del trabajo de carácter anual, limitado a cinco días laborales al año para un trabajador a tiempo completo, para que los trabajadores y trabajadoras puedan prestar cuidado o ayuda personales a un familiar o persona que viva en su hogar y que precise asistencia importante por un motivo médico grave.
- Permiso por fuerza mayor familiar. Ausencia del trabajo por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador o trabajadora.

⁸⁹⁷ Artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado. La duración de estas fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable.

2. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas.

3. Cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

4. Los Estados miembros podrán supeditar el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses. Cuando existan sucesivos contratos de duración determinada a tenor de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE con el mismo empleador, deberá tenerse en cuenta la suma de todos ellos para el cálculo de tales períodos”.

que hayan solicitado alguno de estos permisos y a efectos de adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido.

Sobre la base de que el Derecho de la Unión no ha logrado solucionar totalmente las diferencias de trato entre hombres y mujeres, nos interesa efectuar algunas breves reflexiones acerca de las problemáticas que pueden suscitarse con ocasión del ejercicio de permisos individuales o las fórmulas de trabajo flexible en el contexto de un desplazamiento intracomunitario de personas trabajadoras.

En primer lugar, aunque las Directivas produzcan el efecto de aproximar legislaciones, no debe obviarse que tanto la Directiva 2006/54/CE como la Directiva (UE) 2019/1158 autorizan expresamente a los Estados miembros a introducir o mantener disposiciones más favorables. En ese sentido, cabe destacar que la legislación española se encuentra a la vanguardia europea en materia de permiso de paternidad, al haber equiparado su duración al del permiso de maternidad, estableciéndose un periodo de disfrute obligatorio correspondiente a las seis semanas posteriores al parto⁸⁹⁸. En lo que se refiere a los demás derechos individuales de ausencia, la legislación española se ciñe a los estándares establecidos por la Directiva (UE) 2019/1158⁸⁹⁹.

En segundo lugar, en el supuesto de que el Estado de acogida estableciese mejores condiciones en lo que se refiere a los permisos individuales, entendemos que aquella mayor favorabilidad no estaría supeditada al período de desplazamiento del trabajador o trabajadora. Pese a que la legislación del Estado de acogida únicamente puede aplicarse mientras la persona trabajadora está desplazada, nos parece que las disposiciones más favorables no solo le

⁸⁹⁸ Artículo 48.4 ET: “El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. [...]”.

⁸⁹⁹ Con respecto al permiso parental, el artículo 48 bis ET dispone que se trata de un derecho individual e intransferible de las personas trabajadoras y que su duración no será superior a ocho semanas. Por su parte, el artículo 37.3 letra b) ET establece un permiso retribuido de 5 días para cuidadores y el artículo 37.9 ET instauro el derecho a 4 días anuales de permiso retribuido por motivos familiares urgentes e imprevisibles.

beneficiarían en la medida que el desplazamiento previsto fuese coincidente con la extensión del permiso individual, sino que, al concederse el permiso bajo el amparo de una determinada legislación, la totalidad de su disfrute debe regirse por la norma que lo establece.

Si bien esta solución es la más coherente con las finalidades de la DDT y la única que no priva de efecto útil a esta norma comunitaria –pues restringir los efectos de un derecho adquirido supondría un incumplimiento de la aplicación de la condición de trabajo más favorable para la persona trabajadora– reconocemos que podrían generarse problemáticas, toda vez que las prestaciones de seguridad social vinculadas a los permisos se abonarían conforme a la legislación de seguridad social a la cual el trabajador o trabajadora esté sometido, la cual podría no coincidir con la legislación que establece el permiso. Asimismo, estimamos que la posibilidad de que el permiso individual se disfrute en el Estado de envío no implica un retorno del trabajador o trabajadora y una consecuente pérdida de su estatus de persona trabajadora desplazada, pues una decisión empresarial en ese sentido y adoptada contra la voluntad de ésta podría entenderse discriminatoria.

En tercer lugar, en lo que se refiere a las fórmulas de trabajo flexible, nos parece que, en los supuestos de desplazamiento, estas tienen un encaje complejo, pero no imposible. El hecho del desplazamiento no constituye un impedimento por sí mismo para la negociación de medidas de conciliación entre la empresa y el trabajador o trabajadora desplazada, si bien es cierto que la aplicación de la DDT supone una movilidad física de la persona trabajadora que impone un mínimo de presencialidad en el extranjero, por mucho que no existan criterios para la determinación de ese parámetro⁹⁰⁰. Por otra parte, en determinadas circunstancias es posible que la persona trabajadora desplazada resida con su familia en el lugar de desplazamiento, y, en tal caso, ésta debería beneficiarse de las mismas medidas de conciliación que un trabajador o trabajadora que no hubiese sido sujeto de una medida de movilidad geográfica internacional. Pero incluso en el caso de que la

⁹⁰⁰ STJUE *Asunto Bundesdruckerei*, 18 de septiembre de 2014 (C-549/13), apartados 24 a 27. En el contexto de una licitación cuyo objeto era un contrato público para la digitalización de documentos y conversión de datos, que se adjudicó a una empresa polaca, el TJUE determinó que la Directiva 96/71/CE no resulta aplicable en el caso en que el subcontratista esté establecido en otro Estado miembro y sus trabajadores operen exclusivamente en dicho Estado.

familia continúe residiendo en España, y en cuanto la conciliación supone presencia física, estimamos que las medidas de conciliación bien podrían consistir en desplazamientos de la persona trabajadora que supongan un destino más próximo o se desarrollen en periodos más cortos, con el objeto de favorecer el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar.

Con respecto a concretas medidas de conciliación que pudiese solicitar la persona trabajadora que ya está expatriada, debemos señalar que, en defecto de pacto entre las partes, la aplicación de la legislación más favorable en la práctica requeriría precisiones. Una medida negociada y acordada por las partes podría ampararse en la legislación española en virtud del artículo 34.8 ET, cuyo margen interpretativo incluye fórmulas de trabajo tales como jornadas continuadas, horas de libre disposición, flexibilidad en los horarios de entrada y salida⁹⁰¹, así como un rango etario del niño o niña más amplio que el establecido por las normas comunitarias⁹⁰². En caso de no existir acuerdo, entendemos que una medida de conciliación que pudiera estar amparada por las fuentes reguladoras del Estado de acogida –como, por ejemplo, guarderías en la empresa o ayudas económicas pagadas por las empresas– y que no esté reconocida por las normas convencionales españolas, decaería en el momento que dicha legislación dejara de ser aplicable. En cuanto se trata de obligaciones de tracto sucesivo en las cuales la prestación es periódica, la posibilidad de «exportar» alguna medida con fundamento en la legislación del Estado de acogida estaría determinada por la posibilidad de dar cumplimiento en España de una sentencia judicial en aquel

⁹⁰¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”. Diario La Ley. 24 de marzo de 2020, N.º 9600 [Edición electrónica].

⁹⁰² La SJS N.º 1 de Valladolid, de 22 de noviembre de 2019, N.º 426/2019 ya había determinado que el derecho a la conciliación familiar no estaba limitado a las personas trabajadoras con hijos menores de 18 años: “resultaría contrario a la interpretación literal del precepto y de sus antecedentes legislativos y jurisprudenciales restringir el derecho solo a las personas trabajadoras que tengan hijos menores de doce años [...] debe entenderse que existe un derecho genérico de todas las personas trabajadoras a solicitar el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, y un derecho específico para aquellas que tengan hijos menores de doce años y que justifiquen la conciliación en esa causa, lo cual no impide que se pueda ejercitar el derecho por otras necesidades familiares distintas al cuidado de hijos menores de doce años”.

En la actualidad, la nueva redacción del artículo 34.8 ET dado por el artículo 127.Dos del Real Decreto-Ley 5/2023 explícita que pueden causar derecho a la conciliación familiar las personas que convivan con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requieran de cuidado.

sentido, dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado de acogida⁹⁰³. Pero incluso tratándose de medidas contempladas por la legislación española, tras el retorno al lugar de trabajo habitual, la empresa podría aplicar mecanismos de flexibilidad en atención a las necesidades organizativas o productivas del actual centro de trabajo, las cuales, en todo caso, podrían ser impugnadas por la persona trabajadora.

Por último, debemos hacer presente que, si considerásemos que una parte de la prestación laboral de la persona trabajadora desplazada puede realizarse en modalidad de trabajo a distancia desde el Estado de envío para favorecer la conciliación de la vida personal y familiar, la figura del desplazamiento podría quedar desnaturalizada, ya que, dependiendo de la frecuencia del regreso del trabajador o trabajadora a España, la movilidad podría quedar circunscrita en el ámbito del trabajo transfronterizo. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha entendido que la DDT no es aplicable a casos en que la ejecución de la prestación por las personas trabajadoras se realiza exclusivamente en el país de origen⁹⁰⁴, de manera que la cuestión de la aplicación de la DDT únicamente podría responderse de manera afirmativa en supuestos de desplazamiento efectivo de la persona trabajadora al Estado de acogida y prestación ocasional de trabajo a distancia.

En todo caso, sin perjuicio de las dificultades jurídicas y prácticas que pueda conllevar la efectividad de la garantía a las condiciones laborales establecidas para la igualdad de mujeres y hombres, sobre todo en lo que se refiere a permisos de ausencia y medidas de conciliación familiar y laboral, estimamos necesaria la búsqueda de alternativas que propendan a su realización. A nuestro entender, la pasividad en la interpretación de esta garantía es una forma de transgresión del

⁹⁰³ El artículo 6 de la Directiva 96/71/CE establece la competencia de los tribunales del Estado de acogida a efectos de salvaguardar el derecho a las condiciones laborales establecidas en el Estado de acogida y garantizadas por dicha Directiva.

⁹⁰⁴ STJUE *Asunto Bundesdruckerei*, 18 de septiembre de 2014 (C-549/13), apartados 26 y 27: “Por el contrario, conforme al propio tenor de la cuestión prejudicial, ésta versa sobre una situación en la que «el subcontratista está establecido en otro Estado miembro de la UE [distinto de Alemania] y sus trabajadores dedicados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato operan exclusivamente en el país de origen de aquél». Tal situación no se incluye en ninguna de las tres medidas transnacionales a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71, de modo que esta Directiva no es aplicable al litigio principal”.

objetivo de protección de las personas trabajadoras desplazadas en un aspecto que es de máxima relevancia para la Unión Europea.

2.1.3.6.2. Normas antidiscriminatorias en materia laboral.

En un contexto de reforma de los Tratados constitutivos, en virtud de las cuales los Estados miembros otorgaron competencias a la Unión Europea en materia de tutela antidiscriminatoria⁹⁰⁵, el Tratado de Ámsterdam de 1999 no solo elevó la lucha contra la discriminación a la categoría de principio del ordenamiento comunitario, sino que sumó a la prohibición de la discriminación por razón de sexo nuevas causas de discriminación proscrita: motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Actualmente, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2009, la tutela antidiscriminatoria de la Unión está contenida en los artículos 18 y 19 TFUE, así como en el artículo 21 CDFUE.

Las medidas legislativas para la lucha contra la discriminación, que constituyen el contenido esencial de la prohibición de discriminación, se han desarrollado en la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La primera Directiva, también denominada «Directiva de igualdad racial» tiene un ámbito de aplicación amplio –pues no se aplica únicamente a la esfera laboral– y su configuración resulta similar a la Directiva 2000/78/CE o «Directiva de igualdad de trato»: ambas definen qué se entenderá por discriminación directa e indirecta en términos semejantes, excepcionan las diferencias de trato basada en requisitos profesionales esenciales y determinantes y regulan las medidas de acción positiva⁹⁰⁶. Asimismo, estas normas comunitarias refuerzan la protección del

⁹⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “El desarrollo de la tutela antidiscriminatoria en el Derecho Comunitario”. *Derecho y Sociedad*. 2003, N.º 20, p. 85.

⁹⁰⁶ COM(2021) 139 final, pp. 4-6.

derecho a la no discriminación en lo que se refiere al inicio de procedimientos judiciales o administrativos, carga de la prueba, protección contra represalias y aplicación de sanciones adecuadas⁹⁰⁷.

En materia laboral debe destacarse que, en el marco de una relación laboral vigente, ambas Directivas imponen de forma análoga la igualdad de trato respecto a las condiciones de empleo y trabajo, la remuneración y la igualdad en las condiciones del despido. Mientras la Directiva 2000/43/CE centra sus disposiciones en la igualdad racial, sin que a esta fecha existan pronunciamientos del TJUE con respecto a las condiciones de trabajo, salario o despido⁹⁰⁸, la Directiva de igualdad de trato ha dado lugar a una vasta jurisprudencia, que ha delimitado y dotado de contenido las causales de discriminación prohibida⁹⁰⁹. Entre los casos más recientes sometidos al conocimiento del TJUE que analizan si existe discriminación en el contexto de una relación laboral, destacan: (i) los pronunciamientos en materia de concesión de festivos vinculados a la pertenencia a determinadas Iglesias cristianas⁹¹⁰ y el uso de signos de carácter religioso en el trabajo⁹¹¹; (ii) las

⁹⁰⁷ COM(2021) 139 final, pp. 6-12.

⁹⁰⁸ En materia de acceso al empleo, únicamente podemos destacar la STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), referida al caso del administrador de una empresa que realizó manifestaciones públicas referida a que su empresa no podía contratar «extranjeros», debido a las reticencias de su clientela a darles acceso a su domicilio privado. El TJUE determinó que dicha declaración pública bastaba para presumir la existencia de una discriminación directa en la contratación.

⁹⁰⁹ Para un análisis pormenorizado de la legislación antidiscriminatoria y la jurisprudencia del TJUE y el TEDH, nos remitimos a AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL CONSEJO DE EUROPA: *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.

⁹¹⁰ La STJUE de 22 de enero de 2019 (C-193/17) declara que es una discriminación directa por motivos de religión una legislación nacional en virtud de la cual el día Viernes Santo es festivo únicamente para los trabajadores que son miembros de determinadas Iglesias cristianas y que concede a esos trabajadores un complemento salarial en caso de que deban trabajar ese día.

⁹¹¹ En STJUE de 15 de julio de 2021 (asuntos C-804/18 y C-341/19) se determinó que: (i) una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones [...] de los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos, siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada; (ii) la prohibición de uso de esos signos puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, bajo las condiciones de que dicho régimen responda a una verdadera necesidad del empresario, que esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad y que esa prohibición se limite en lo estrictamente necesario para impedir las consecuencias desfavorables que la prohibición busca evitar, y; (iii) una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones.

Por su parte, la STJUE de 14 de marzo de 2017 (C-188/15) estima que la exigencia de prescindir del uso de un velo islámico a una trabajadora no puede considerarse un requisito profesional y determinante que justifique

sentencias referidas a supuestos incluidos en el concepto de discapacidad⁹¹² y los ajustes razonables del puesto de trabajo de personas discapacitadas⁹¹³; (iii) las resoluciones referidas a la discriminación por orientación sexual⁹¹⁴, y; (iv) sentencias que validan diferencias de trato con origen en la edad⁹¹⁵.

Cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la Directiva de igualdad de trato no resulta aplicable por analogía a otros tipos de discriminación

una diferencia de trato, en cuanto dicha exigencia deriva de la voluntad de un empresario de atender a los deseos un cliente.

⁹¹² Debemos destacar la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) la situación de incapacidad temporal de duración incierta no significa que pueda calificarse automáticamente de «duradera» con arreglo a la definición de discapacidad proporcionada por la Directiva 2000/78/CE. No obstante, puede considerarse indicio de limitación «duradera» la circunstancia de que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad sea incierta en cuanto a su finalización a corto plazo o bien que la incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento.

También en relación con la discapacidad, la STJUE de 8 de diciembre de 2014 (C-354/13) determina que la obesidad de un trabajador puede considerarse como discapacidad en los casos que “acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

⁹¹³ Recientemente, la STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20) se pronunció en el caso de un trabajador contratado en prácticas para el mantenimiento especializado en vías férreas a quien se le implantó un marcapasos, lo que determinó su ineptitud para realizar las funciones para las cuales había sido contratado y su consecuente despido. El TJUE estimó que el concepto de ajustes razonables “implica que un trabajador [...] que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario”.

Debemos mencionar también la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/2018), la cual declara que el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad en el marco de un despido colectivo por cumplir los criterios de selección consistentes en presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, es una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, salvo que el empresario haya realizado previamente ajustes razonables con respecto a ese trabajador.

⁹¹⁴ Pese a que no puede considerarse reciente, la STJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-267/12) es la última que se pronuncia sobre un caso de discriminación por orientación sexual en el contexto de una relación laboral. El TJUE estima contrario a la Directiva 2000/78/CE la disposición de un convenio colectivo que excluye a un trabajador que celebra con una persona del mismo sexo un pacto civil de convivencia, del derecho a obtener ventajas que se conceden a los trabajadores que celebran su matrimonio, tales como un permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando el Estado miembro correspondiente no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹¹⁵ En atención a que la diferencia de trato por motivos de edad se admite cuando esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, los pronunciamientos del TJUE tienden a desestimar la discriminación. A modo de ejemplo, la STJUE de 19 de julio de 2017 (C-143/16) valida una normativa nacional que autoriza la celebración de un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, así como su despido en el momento que cumple 25 años, pues considera que aquella persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral con medios que se estiman adecuados y necesarios.

Asimismo, la STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18) avala -en principio- la normativa nacional que prevé la extinción automática del contrato de los pilotos que alcancen 60 años y que prestan servicios una sociedad que explota aeronaves en actividades relacionadas con la seguridad nacional de un Estado miembro, dejando a la comprobación del tribunal remitente la determinación de la necesidad y proporcionalidad de la medida.

que no estén incluidos en dicha norma⁹¹⁶. Sin embargo, tal interpretación no implica que los Estados miembros no puedan establecer en su derecho interno otros motivos de discriminación diversos a los establecidas en el derecho de la Unión Europea, sino que dichos motivos distintos no podrían ampararse en la Directiva de igualdad de trato.

En España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación dispone en su artículo 2.1 que *“nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*⁹¹⁷, estableciendo así una tutela antidiscriminatoria más amplia que la comunitaria sobre la base de la cláusula abierta establecida por el artículo 14 CE, el cual proscribe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión *“o cualquier otra condición o circunstancia personal y social”*. Cabe mencionar, asimismo, el artículo 15.1 de la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que establece la obligación de las empresas de más de 50 personas trabajadoras de contar con un conjunto de medidas y recursos para la consecución de la igualdad real de las personas LGTBI⁹¹⁸.

⁹¹⁶ STJUE *Asunto Chacón Navas*, 11 de julio de 2006 (C-13/05), apartado 56: “Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación.

Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”.

⁹¹⁷ Artículo 2.1 de la Ley 15/2022: “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁹¹⁸ Artículo 15.1 de la Ley 4/2023: “Las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, con un conjunto planificado de

Mientras la tutela antidiscriminatoria de la Ley 15/2022 sin duda resulta aplicable a las personas trabajadoras desplazadas desde y hacia España, en cuanto el artículo 9.1 de dicha ley prohíbe establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas establecidas en la ley en relación con las condiciones de trabajo⁹¹⁹, podrían surgir dudas respecto a la aplicabilidad de las medidas establecidas por la Ley 4/2023. En este último caso, si bien es cierto que las medidas establecidas para la igualdad de las personas LGTBI referidas a sus condiciones de trabajo no se establecerán en una fuente reguladora de la DDT –ya que el mandato legal impone la negociación colectiva en el seno de las empresas, careciendo de tal forma de la cualidad de aplicación universal exigido por la norma comunitaria– esta circunstancia no debería afectar a las personas desplazadas desde España a otros Estados miembros, pues la Ley 4/2023 les es aplicable por formar parte del ordenamiento español, ley rectora de la relación laboral.

De todas maneras, la reciente adición de estas normas al ordenamiento español supone, a nuestro entender, una tutela más amplia que la comunitaria y, consecuentemente, desde un punto de vista general, que la legislación española en esta materia sea más favorable que aquellas legislaciones que se limitan a replicar las normas comunitarias en materia de igualdad. Ello, sin perjuicio que, en un caso concreto, la protección garantizada por el Estado de acogida resulte más favorable a la persona trabajadora.

Por último, debemos hacer referencia a la Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuyo objetivo es garantizar la supresión de las discriminaciones contra las personas trabajadoras a tiempo parcial. De acuerdo con el principio de no discriminación establecido en la cláusula 4.1 de esta Directiva, la circunstancia del trabajo a tiempo parcial no puede

medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente”.

⁹¹⁹ Artículo 9.1 de la Ley 15/2022: “No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo”.

justificar un trato menos favorable a estas personas trabajadoras, en comparación con quienes trabajan a tiempo completo⁹²⁰. Al tratarse de disposiciones en materia de no discriminación vinculadas con el tiempo de trabajo, las normas de transposición de esta Directiva en el Estado de acogida son plenamente aplicables a las personas trabajadoras desplazadas, pues inciden no solo en una, sino en dos condiciones de trabajo garantizadas por la DDT.

2.1.3.7. Garantía de la aplicación de disposiciones referidas a las condiciones del alojamiento de las personas trabajadoras, proporcionado por el empleador.

La Directiva de 2018 añadió al núcleo duro de la relación laboral una nueva condición, identificada con la letra h) en el artículo 3.1 DDT y que establece la garantía de *“las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual”*⁹²¹. En virtud de esta disposición, las características del alojamiento en que pernocten las personas trabajadoras desplazadas deben ajustarse, bien a los requisitos que se establezcan en el Estado de envío, bien en el Estado de acogida, siguiendo la regla de la mayor favorabilidad para los trabajadores.

En nuestra opinión, la inclusión de las condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador como condición garantizada en el núcleo duro y referida a las instalaciones en que se aloje a las personas trabajadoras resulta insuficiente para asegurar un alojamiento digno en el Estado de acogida⁹²². En efecto, no se impone a los Estados miembros legislar al respecto, ni existen normas comunitarias que

⁹²⁰ Cláusula 4.1 de la Directiva 97/81/CE: “Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

⁹²¹ Artículo 3.1 letra h) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] h) las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual”.

⁹²² ROMERO FUENTES, Jessica: “La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas...”, ob. cit., p.105.

impongan obligaciones en esta materia, como sí las establece el artículo 20 de la Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros⁹²³. En comparación con la regulación hecha por la DDT, la Directiva 2014/36/UE ha dado un paso más, en cuanto establece reglas y requisitos para el lugar de alojamiento proporcionado por el empleador o a través de éste, así como el deber de los Estados miembros de exigir pruebas respecto a que dicho alojamiento cumple las condiciones requeridas. Desafortunadamente no se puede atender a esta norma como criterio interpretativo, puesto que la especificidad del colectivo y tipo de trabajo que regula implica que la interacción de esta Directiva y la DDT sea nula.

Es preciso señalar que el ordenamiento español no cuenta con normas legales que regulen el alojamiento proporcionado por el empleador a los trabajadores desplazados. Aunque es posible que esta materia tenga cierta regulación en las políticas corporativas de determinadas empresas, el hecho que estos instrumentos no constituyan fuentes reguladoras a efectos de lo dispuesto por la DDT, ni resulten jurídicamente exigibles, tiene como consecuencia la imposibilidad de su utilización como parámetro en la determinación de las normas más favorables.

En atención a lo expuesto, no solo la utilidad de esta garantía es –por el momento– escasa, sino que la ausencia de normas comunitarias o legislación española respecto a condiciones de alojamiento impide realizar un análisis más exhaustivo de la misma.

⁹²³ Artículo 20 de la Directiva 2014/36/UE: “1. Los Estados miembros exigirán pruebas de que el trabajador temporero dispondrá durante toda su estancia de un alojamiento que le garantice unas condiciones de vida adecuadas a tenor del Derecho y/o las prácticas nacionales. Se notificará a las autoridades competentes cualquier cambio de alojamiento del trabajador temporero.

2. Cuando el alojamiento lo procure el empresario o se procure a través de él:

a) podrá exigirse al trabajador temporero el pago de una renta que no resulte excesiva en relación con su remuneración neta y con la calidad del alojamiento. La renta no se deducirá automáticamente del sueldo del trabajador temporero;

b) el empresario facilitará al trabajador temporero un contrato de arrendamiento o documento equivalente en el que figuren claramente las condiciones en las que se arrienda el alojamiento;

c) el empresario velará por que el alojamiento cumpla las normas generales en materia de salud y de seguridad vigentes en el Estado miembro de que se trate”.

2.1.3.8. Garantía de aplicación de disposiciones relativas a los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención.

El conjunto de condiciones laborales que conforman el núcleo duro de la relación laboral se cierra con la garantía añadida por la Directiva de 2018 en el artículo 3.1 letra i) DDT, referida a los complementos o reembolsos por gastos de viaje, alojamiento y manutención, para los casos en que el empleador no proporcione alojamiento⁹²⁴. Al igual que la garantía de las condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador, los complementos o reembolsos por gastos no tienen más regulación en el ordenamiento comunitario, por lo que serán las legislaciones de cada Estado miembro las que doten de contenido a la garantía.

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 3.7 DDT, la garantía del artículo 3.1 letra i) DDT se aplica en el supuesto de «gastos efectivamente realizados» y entendemos como tales a aquellos que puedan ser justificados con la correspondiente factura. A *contrario sensu*, los complementos que no obedezcan a un reembolso formarán parte de la remuneración de la persona trabajadora desplazada, según se estableció por el TJUE en el *Asunto Sähköalojen*⁹²⁵. De forma complementaria, el párrafo tercero del artículo 3.7 DDT establece la presunción de que los complementos de desplazamiento serán considerados

⁹²⁴ Artículo 3.1 letra i) de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes: [...] i) los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales”.

⁹²⁵ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartado 70, la cual, en lo pertinente, señala: “De las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la sexta cuestión prejudicial que el artículo 3, apartados 1 y 7, de la Directiva 96/71, a la luz de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que: [...]

– una indemnización diaria, como la controvertida en el litigio principal, forma parte del salario mínimo en idénticas condiciones a aquellas a las que está sometida la inclusión de dicha indemnización en el salario abonado a los trabajadores con ocasión de un desplazamiento en el interior del Estado miembro de que se trata;

– un complemento de trayecto diario, abonado a los trabajadores siempre que la duración del trayecto de ida y vuelta diario efectuada por aquéllos sea superior a una hora, forma parte del salario mínimo de los trabajadores desplazados siempre que se cumpla ese requisito, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional;

– el pago del alojamiento de dichos trabajadores no constituye un elemento de su salario mínimo;

– un complemento que adopta la forma de cheques restaurante entregados a los citados trabajadores no forma parte de su salario mínimo”.

reembolso de gastos –y no remuneración– si las condiciones de trabajo que se aplican a la relación laboral no especifican su naturaleza salarial o compensatoria⁹²⁶.

Debemos señalar que resulta desconcertante que el párrafo segundo del artículo 3.7 DDT disponga que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra i), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados estos gastos de conformidad con la legislación o prácticas nacionales aplicables a la relación laboral”*. La redacción es confusa, pues si la garantía al reembolso de gastos es una condición laboral del núcleo duro, procede la aplicación de la legislación más favorable a la persona trabajadora desplazada, sin que sea posible imponer la legislación que rige la relación laboral, esto es, la del Estado de envío. Por otra parte, si los importes abonados por el empleador están destinados a compensar «gastos efectivamente realizados», la elección de legislación solo tendría lógica si las normas de una de ellas prescriben que el abono se ha de efectuar por una cantidad de dinero inferior a la que la persona trabajadora ha gastado, si se establecen límites a dicha compensación o si se establece un plazo inferior para el abono del reembolso.

En la búsqueda de dotar de algún sentido a esta disposición, entendemos que la siguiente es la interpretación más plausible: si relacionamos el párrafo segundo del artículo 3.7 DDT con el párrafo segundo del artículo 3.1 DDT, que establece la aplicación exclusiva de la garantía al reembolso de los gastos de viaje, manutención y alojamiento a los viajes que se inician en el Estado miembro en que las personas trabajadoras están desplazadas⁹²⁷, ello significa que la DDT estaría admitiendo la

⁹²⁶ Artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE: “Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de trabajo más favorables para los trabajadores.

Los complementos específicos por desplazamiento serán considerados parte de la remuneración, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra i), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados estos gastos de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral.

En caso de que las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos”.

⁹²⁷ Artículo 3.1 párrafo segundo de la Directiva 96/71/CE: “La letra i) se aplicará exclusivamente a los gastos de viaje, manutención y alojamiento en que hayan incurrido los trabajadores desplazados cuando estos deban

movilidad geográfica de la persona trabajadora mientras se encuentra en el Estado de acogida⁹²⁸. De tal manera, el reembolso de los gastos de desplazamiento *hacia* y *en* el Estado de acogida se rige por la legislación del Estado de envío, conforme al párrafo segundo del artículo 3.7 DDT⁹²⁹. Por el contrario, la garantía que conforma el núcleo duro –y, en consecuencia, la posibilidad de aplicar la legislación del Estado de acogida– estaría establecida únicamente para los viajes en el contexto del desplazamiento, esto es, viajes *desde* el territorio del Estado de acogida o envíos temporales a otro lugar de trabajo *desde* aquel en que la persona trabajadora se encontraba desplazada.

Otro aspecto que llama la atención es la utilización de la expresión «lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados» en el artículo 3.1 párrafo segundo DDT, si bien entendemos que se trata de un error en la redacción de la disposición: el lugar de desplazamiento no puede ser el lugar habitual de trabajo de la persona trabajadora, pues, como explicaremos en el siguiente epígrafe, la condición de aplicación de la DDT es precisamente una modificación temporal del lugar de trabajo, que no modifica el lugar habitual de prestación de servicios.

Pese a la evolución en la figura del desplazamiento que implica una interpretación como la que se propone, debe ponerse de relieve que la Directiva de 2018 no se pronuncia respecto a qué legislación debería regular la movilidad geográfica de la persona trabajadora mientras se encuentra desplazada. Entendemos que será la del Estado de envío, en cuanto es la legislación que rige la relación laboral, toda

viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados, o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo”.

⁹²⁸ Así lo hemos advertido en ROMERO FUENTES, Jessica: “La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas...”, ob. cit., p. 106.

⁹²⁹ Señala MOLINA MARTÍN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel; PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, p. 302, que la fórmula empleada habitualmente por la negociación colectiva española es la adjudicación al empleador desplazante de la responsabilidad del abono íntegro de los gastos de desplazamiento, incluyendo expresamente los trayectos de ida y vuelta, habitación y alimentación.

vez que la movilidad geográfica no es una condición de trabajo, sino un procedimiento para la modificación del lugar de trabajo.

A nuestro parecer, si la Directiva de 2018 admite la movilidad geográfica de la persona trabajadora ya desplazada, ello precarizaría aún más su situación⁹³⁰. Si, como veremos, el desplazamiento de personas trabajadoras no tiene un límite temporal y la movilidad desde el Estado de acogida no tiene más regulación que la garantía a la compensación de los gastos según la legislación más favorable, la persona trabajadora desplazada queda a merced de la legislación que rige la relación laboral en lo que se refiere al poder empresarial de movilidad geográfica. Si la Directiva de 2018 abrió la puerta a la movilidad en el desplazamiento, debió establecer los consecuentes límites, pues la itinerancia es inherente a las personas trabajadoras multinacionales, no a las desplazadas, quienes –a mayor abundamiento– tienen derecho a cierta estabilidad para organizar su vida privada en el Estado de acogida.

Para finalizar, y en ausencia de jurisprudencia comunitaria que interprete esta garantía, hemos de advertir que un primer desplazamiento podría utilizarse con fines defraudatorios. En efecto, sería posible eludir mayores costes de complementos o reembolsos desplazando a la persona trabajadora a un Estado miembro con normativas más laxas, para luego movilizarla, desde ese Estado de acogida, a otro cuyas disposiciones en materia de reembolsos pudiesen ser más favorables para la persona trabajadora. Como es posible advertir, las normas de este segundo Estado de desplazamiento no serían aplicables, en cuanto la determinación de las normas más favorables solo contempla al Estado de envío y al Estado de acogida. Nos parece que el mayor peligro de esta conclusión es que, con la admisión de la movilidad geográfica, la elusión de legislación más favorable a la persona trabajadora pudiera hacerse extensible a otras condiciones laborales garantizadas.

⁹³⁰ En estos párrafos reiteramos las consideraciones planteadas en ROMERO FUENTES, Jessica: “La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas...”, ob. cit., p. 107.

2.1.4. La figura del desplazamiento de larga duración y su incidencia en las condiciones laborales de la persona trabajadora expatriada.

Pese a reconocer en su artículo 2.1 que la figura de la persona trabajadora desplazada realiza su trabajo en un Estado miembro distinto a aquel en que trabaja habitualmente «durante un periodo limitado»⁹³¹, la DDT no solo omite establecer un límite temporal máximo a la figura del desplazamiento de trabajadores, sino que tampoco faculta a los Estados miembros a regularlo mediante sus normas de transposición.

Si bien en la Propuesta de modificación de 2016 se planteaba un plazo máximo al regular el desplazamiento⁹³², la adopción de la Directiva de 2018 evidenció una solución diferente: la incorporación del artículo 3.1 *bis* DDT ha creado la figura del «desplazamiento de larga duración», conforme a la cual se aplican a la persona trabajadora desplazada todas las condiciones laborales establecidas en el Estado de acogida y no únicamente las del núcleo duro a las que nos hemos referido previamente⁹³³. La norma no explicita que las nuevas condiciones garantizadas se

⁹³¹ Artículo 2.1 de la Directiva 96/71/CE: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «trabajador desplazado» todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”.

⁹³² COM (2016) 128 FINAL, pp. 12-13. La Propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE planteaba la adición de un artículo 2 *bis*, que señalaría lo siguiente: “1. Cuando la duración real o prevista del desplazamiento sea superior a veinticuatro meses, se considerará que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo.
2. A efectos del apartado 1, en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses”.

⁹³³ Artículo 3.1 *bis* de la Directiva 96/71/CE: “Con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral, cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a 12 meses, los Estados miembros velarán por que las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores que estén desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones de trabajo contempladas en el apartado 1 del presente artículo, todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo:

- por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o
- por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8.

El párrafo primero del presente apartado no se aplicará a las siguientes materias:

- a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia;
- b) los regímenes complementarios de jubilación.

Cuando el prestador de servicios presente una notificación motivada, el Estado miembro en que se preste el servicio ampliará el periodo previsto en el párrafo primero a 18 meses.

Cuando una empresa contemplada en el artículo 1, apartado 1, sustituya a un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado que realice el mismo trabajo en el mismo lugar, la duración del desplazamiento será, a efectos del presente apartado, la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate.

aplicarán en cuanto sean más favorables que las establecidas en el Estado de envío, pero hemos de entender que su aplicación sigue el mismo régimen que las condiciones consideradas en el núcleo duro, pues si el legislador comunitario hubiese pretendido una solución diversa, ésta habría sido establecida expresamente.

En lo que respecta a las fuentes reguladoras de estas nuevas condiciones de trabajo garantizadas a las personas trabajadoras cuyo desplazamiento sea de larga duración, el artículo 3.1 *bis* DDT se remite a aquellas que pueden establecer las condiciones que se garantizan por el núcleo duro. Por lo tanto, éstas también podrán estar contenidas, bien en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, bien en convenios colectivos de aplicación universal o de otro modo de aplicación, conforme a lo dispuesto por el artículo 3.8 DDT.

De acuerdo con el artículo 3.1 *bis* DDT, la condición para entender que estamos en presencia de un «desplazamiento de larga duración» es que su duración haya superado los doce meses, salvo que el prestador de servicios, por solicitud fundada, requiera a la autoridad competente del Estado de acogida la ampliación del plazo a dieciocho meses. Asimismo, y con una clara finalidad preventiva de elusiones por la vía del relevo de la persona trabajadora, este precepto dispone que, en caso de sustitución de un trabajador en el mismo trabajo y lugar, la duración del desplazamiento del segundo trabajador se calculará sumando los periodos acumulados por ambas personas trabajadoras.

Aunque el artículo 3.1 *bis* DDT dispone que –a efectos de determinar los periodos de desplazamiento acumulados– el concepto de «mismo trabajo en el mismo lugar» se determinará según la naturaleza del servicio que se preste, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar de trabajo, resulta criticable que la disposición no trate con más atención las circunstancias de la sustitución. De la redacción de la disposición parece desprenderse que realizar el mismo trabajo y efectuarlo en el mismo lugar son requisitos cumulativos, pero, atendiendo a las

El concepto de «mismo trabajo en el mismo lugar» contemplado en el párrafo cuarto del presente apartado se determinará teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza del servicio que se preste, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar de trabajo”.

consecuencias que la disposición pretende evitar, también podría producirse una sustitución si se cumple solo una de estas condiciones. A nuestro entender, exigir la concurrencia de ambas circunstancias supone tener como modelo los trabajos realizados en el ámbito de la construcción, caracterizados por la necesidad de la presencia física de la persona trabajadora en un determinado lugar geográfico. Y es que estimamos que también se verificaría una sustitución si la segunda persona trabajadora desplazada realiza funciones correspondientes a la etapa siguiente de la prestación de servicios –y, por ende, distintas a las de la primera persona trabajadora desplazada, pero vinculadas en cuanto a su finalidad–, o si el trabajador o trabajadora que realiza las mismas funciones es destinada a un lugar de trabajo distinto en el mismo Estado de acogida.

En todo caso, a partir de los 18 meses de desplazamiento, la persona trabajadora tiene derecho a que todas sus condiciones de trabajo sean regidas por las fuentes reguladoras del Estado de acogida⁹³⁴. Esta previsión ha llevado a parte de la doctrina científica a interpretar que la protección a la persona trabajadora desplazada de larga duración se otorga bajo un enfoque de «máximo común denominador», en contraposición a la protección de mínimos que proporciona la figura tradicional del desplazamiento⁹³⁵. Coincidiendo con dicha posición, entendemos que los Estados miembros no pueden establecer magnitudes en la aplicación de estas condiciones de trabajo adicionales ni pueden identificar las condiciones laborales que serán aseguradas a las personas trabajadoras desplazadas de larga duración⁹³⁶, pues la norma comunitaria es suficientemente

⁹³⁴ Repará LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/...”, ob. cit., p. 72, en la descoordinación entre lo dispuesto por la Directiva (UE) 2018/957 con relación a los plazos establecidos para desplazamiento de larga duración (12 o 18 meses) y el Reglamento 883/2004/CE, el cual no se ha modificado. El Reglamento dispone que la persona trabajadora estará sujeta a la legislación de seguridad social del Estado de envío hasta los 24 meses, contados desde el inicio del desplazamiento.

⁹³⁵ MARCHAL ESCALONA, Nuria: “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”. *Revista de derecho Comunitario Europeo*. 2019, N.º 62, p. 102.

⁹³⁶ PARRA GUTIÉRREZ, Juan: “El desplazamiento de trabajadores tras la Directiva 2018/957. Razones para la reforma, principales aspectos y perspectivas de futuro”. *Trabajo y derecho*. 2020, N.º 65 [edición electrónica]. El autor plantea dos interrogantes sobre el desplazamiento de larga duración: “Ante el silencio de la Directiva 2018/957, ¿los Estados atribuirán consecuencias jurídicas (condiciones de trabajo adicionales) a los períodos más allá de 18 meses en sus normas de transposición? ¿Qué intensidad de estas condiciones adicionales es compatible con la libre prestación de servicios?”

clara al establecer la aplicación de «todas» las condiciones laborales del Estado de acogida establecidas en fuentes reguladoras admitidas por la DDT, sin excepciones y sin términos medios.

Por otra parte, se ha sostenido que esta reforma puede tener un efecto dañino en el mercado interno, toda vez que podría desalentar los desplazamientos realizados por las empresas hacia Estados miembros con condiciones laborales más favorables⁹³⁷. A falta de un límite expreso a los desplazamientos, entendemos que el nuevo enfoque adoptado por la Directiva de 2018 es un avance importante, en cuanto la figura del desplazamiento de larga duración –teóricamente– permitiría alcanzar de forma efectiva la igualdad de trato entre personas trabajadoras desplazadas y personas trabajadoras integradas en el mercado de trabajo del Estado de acogida, y, en caso de no alcanzarla, propendería a dicha igualdad. En ese sentido, si la consecuencia es una disminución de los desplazamientos hacia Estados con estándares laborales elevados, ello significa que las empresas estaban haciendo un mal uso de sus ventajas comparativas derivadas de una normativa estatal más laxa y que las modificaciones a la DDT han sido eficaces para corregir las disfunciones del mercado interior.

Ahora bien, en lo que se refiere a la determinación de la legislación rectora, ¿puede entenderse que, al establecer la aplicación de todas las condiciones laborales al desplazamiento de larga duración, la DDT determina un cambio en la legislación aplicable? Arribar a tal conclusión no es posible, puesto que, en su carácter de *lex specialis* en relación con el Reglamento Roma I⁹³⁸ –y a efectos de retornar a las reglas generales con respecto al lugar de trabajo habitual– sería necesario que la DDT deviniese inaplicable.

Según la Propuesta de modificación de 2016, alcanzados los 24 meses desde el inicio del desplazamiento, el Estado de acogida se consideraría el lugar de trabajo

¿Qué interpretación dará el TJUE a las normas de transposición que sean especialmente exigentes con las condiciones de los desplazados de larga duración?”.

⁹³⁷ DE CARVALHO, Sónia: The revision of the Posting Workers Directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end? *Juridical Tribune*. 2018, Vol. 8 N.º 3, p. 732.

⁹³⁸ LLOBERA VILA, Mireia: “El desplazamiento temporal de trabajadores...”, ob. cit., p. 192.

habitual, salvo *pactum de lege utenda*, caso en el que se garantizaba la aplicación de todas las normas de carácter indisponible del Estado de acogida⁹³⁹. De lo anterior se desprende que en un principio se planteaba la modificación del lugar de trabajo habitual al cumplirse el plazo de 24 meses, lo cual implicaba una remisión a las reglas de conflicto generales establecidas por el Reglamento Roma I. Sin embargo, con la aprobación de la Directiva de 2018 eliminó dicha solución, estableciéndose una figura que podría calificarse como intermedia, pues no se produce un cambio total de legislación que regule completamente la legislación laboral: al tenor del artículo 3.1 *bis* DDT, la legislación del Estado de acogida se aplicará exclusivamente a las condiciones de trabajo, sin hacer referencia a otras normas indisponibles referidas a materias distintas. Refuerza esta conclusión el hecho de que el artículo 3.1 *bis* DDT excluya expresamente la aplicación de la legislación del Estado de acogida a “*los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia*”, así como a “*los regímenes complementarios de jubilación*”. Disposición que solo tiene sentido si la legislación rectora del contrato continúa siendo la del Estado de envío, por cuanto presupone el futuro retorno de la persona trabajadora a dicho Estado.

Sin perjuicio de lo señalado, las conclusiones expuestas quedan sujetas a que se verifique una verdadera temporalidad en el desplazamiento, identificación que corresponderá a las autoridades competentes de los Estados miembros, de conformidad con la Directiva 2014/67/UE.

2.1.5. Los mecanismos para el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE.

Al referirnos a la evolución histórica de las normas que regulan el desplazamiento de personas trabajadoras señalábamos que, transcurrido únicamente un tiempo desde su aplicación efectiva en los Estados miembros, la Directiva 96/71/CE evidenció importantes debilidades que se relacionaban con el incumplimiento de sus normas y su utilización fraudulenta por algunas empresas, con la finalidad de

⁹³⁹ COM (2016) 128 final, pp. 7-8.

obtener condiciones más favorables respecto a obligaciones en materia de seguridad social o fiscal.

La necesidad de mejorar la situación de las personas trabajadoras desplazadas, sumada al debate suscitado en torno a la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, motivaron una Propuesta en el seno de la Comisión Europea⁹⁴⁰ que derivó en la aprobación de la Directiva 2014/67/UE o Directiva de Refuerzo («DR»). Esta norma comunitaria dedica sus disposiciones a la instauración de distintos mecanismos para garantizar el cumplimiento de la DDT y, de esa manera, propender al respeto de un nivel apropiado de protección de los derechos de las personas desplazadas⁹⁴¹.

En lo que respecta a su articulado, es posible sostener que las obligaciones impuestas a los Estados miembros por las Directivas de Desplazamiento para asegurar el cumplimiento de la DDT se clasifican en mecanismos directos e indirectos. Mientras un primer tipo de medidas pretende establecer normas en la legislación del Estado de acogida que garanticen por sí mismas la efectiva aplicación de las condiciones laborales más favorables a la persona trabajadora desplazada, otro tipo de medidas tienen por objetivo inmediato la introducción de normas en los Estados miembros que favorezcan, tanto el intercambio de información respecto a los desplazamientos, como la fiscalización y control del cumplimiento de la DDT por las autoridades competentes, todo ello con la finalidad última de promover el respeto a esta norma comunitaria.

Sobre la base de esta distinción, en las próximas páginas se realizará un análisis sistemático de la Directiva de Refuerzo, a través del estudio de los distintos mecanismos establecidos para garantizar el cumplimiento de la DDT.

⁹⁴⁰ COM (2012) 131 FINAL, pp. 4-5.

⁹⁴¹ Posteriormente, la Directiva (UE) 2018/957 también modificó las disposiciones de la DDT referidas a los mecanismos con las que aquella pretendía asegurar su cumplimiento. Estas modificaciones pretendían adaptar el contenido de la DDT a las disposiciones de la Directiva de Refuerzo, la cual ya se encontraba en vigor en la época en que se aprobó la Directiva de 2018.

2.1.5.1. Mecanismos de cumplimiento directo: las garantías establecidas por la Directiva 2014/67/UE

A través de los mecanismos de cumplimiento directo, la Directiva de Refuerzo («DR») pretende poner remedio a los incumplimientos de la DDT una vez que estos se han verificado, mediante las garantías para el cumplimiento de la DDT y la atribución de responsabilidad a los contratistas de las empleadoras de las personas trabajadoras desplazadas, establecidas en los artículos 11 y 12 DR respectivamente.

En lo que se refiere a las garantías para el cumplimiento de la DDT, el artículo 11 de la Directiva de Refuerzo impone a los Estados miembros garantizar (i) la presentación de denuncias e inicio de procedimientos judiciales por las personas trabajadoras desplazadas en el Estado de acogida [artículo 11.1 DR]; (ii) la legitimación de sindicatos y otras terceras partes para iniciar procedimientos judiciales o administrativos en nombre o apoyo de las personas trabajadoras desplazadas [artículo 11.3 DR]; (iii) garantizar la indemnidad de los trabajadores y trabajadoras desplazadas que inicien procedimientos judiciales o administrativos [artículo 11.5 DR], y; (iv) atribuir responsabilidad al empleador de la persona trabajadora desplazada respecto de los derechos derivados del contrato de trabajo, incluso si el desplazamiento ha concluido [artículo 11.6 DR]⁹⁴².

⁹⁴² Artículo 11 de la Directiva 2014/67/UE: “1. Con objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva 96/71/CE, en particular su artículo 6, y por la presente Directiva, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables dispongan, incluso después de que haya finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento, de mecanismos eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores, y tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados.

2. El apartado 1 se aplicará sin perjuicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros establecida, en particular, en los instrumentos del Derecho de la Unión o los convenios internacionales pertinentes.

3. Los Estados miembros garantizarán que los sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la presente Directiva y de la Directiva 96/71/CE, puedan iniciar, en nombre o en apoyo de los trabajadores desplazados o de sus empleadores, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo con el fin de implementar la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de ambas normas.

4. Los apartados 1 y 3 se aplicarán sin perjuicio de:

a) las normas nacionales sobre los plazos de prescripción o sobre los plazos para incoar acciones similares, siempre que no se considere que pueden hacer prácticamente imposible o dificultar en exceso el ejercicio de dichos derechos;

b) las demás competencias y derechos colectivos de los interlocutores sociales, y de los representantes de los trabajadores y de los empresarios que contemplen el Derecho o las prácticas nacionales;

c) las normas nacionales de procedimiento relativas a la representación y la defensa ante los tribunales.

Debemos hacer presente que, en cuanto la Directiva de Refuerzo utiliza el verbo «garantizar», la transposición del artículo 11 por los Estados miembros no supone necesariamente la introducción de nuevas normas a sus respectivos ordenamientos a tal fin. A modo de ejemplo, la posibilidad de interponer demandas en el Estado de acogida para salvaguardar el cumplimiento de la DDT ya está contemplada por la regla especial de competencia establecida por el artículo 6 DDT⁹⁴³ y las disposiciones que lo transponen. Asimismo, al menos en España, la Inspección del Trabajo es el organismo competente para la resolución de denuncias e imposición de sanciones por los incumplimientos de la DDT por las empresas.

Un aspecto que sí resulta novedoso es la legitimación activa de los sindicatos y otras asociaciones, organizaciones o personas jurídicas para actuar en representación o interés de los trabajadores. La introducción de esta garantía deriva de la controversia suscitada en el *Asunto Sähköalojen*, en el cual la empresa desplazante postulaba que el sindicato Sähköalojen ammattiliitto, cesionario de los créditos de las personas trabajadoras desplazadas, no estaba legitimado para actuar en nombre de dichas personas trabajadoras, ya que el derecho del Estado de envío prohibía tal cesión. Frente a dicha alegación, el TJUE determinó que una normativa nacional que prohibiese la cesión de créditos a un sindicato era contraria

5. Los trabajadores desplazados que inicien procedimientos judiciales o administrativos en el sentido del apartado 1 estarán protegidos frente a cualquier trato desfavorable por parte del empleador.

6. Los Estados miembros garantizarán que el empleador del trabajador desplazado responda de todo derecho resultante de la relación contractual entre el empleador y el trabajador desplazado.

Los Estados miembros garantizarán, en particular, que se disponga de los mecanismos necesarios para que los trabajadores desplazados puedan recibir:

a) toda remuneración neta pendiente que se les adeude conforme a las condiciones de empleo aplicables según el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE;

b) todos los atrasos o los reembolsos de impuestos o cotizaciones a la seguridad social retenidos indebidamente de sus salarios;

c) el reembolso de los costes excesivos, en relación con la remuneración neta o con la calidad del alojamiento, retenidos o deducidos de los salarios en concepto del alojamiento proporcionado por el empleador;

d) en su caso, las cotizaciones del empleador adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales retenidas indebidamente de sus salarios.

El presente apartado se aplicará también en los casos en que los trabajadores desplazados hayan regresado del Estado miembro en el que tuvo lugar el desplazamiento”.

⁹⁴³ Vid. Capítulo III, epígrafe 2.1.3: “El foro establecido por la Directiva 96/71/CE y su transposición a la Ley 45/1999”.

a la DDT en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 47 CDFUE⁹⁴⁴.

Con la inclusión de la garantía los Estados miembros no pueden mantener en sus ordenamientos una norma nacional como la referida, de manera que la problemática planteada en el *Asunto Sähköalojen* puede entenderse superada. De todos modos, y según el artículo 11.3 DR, la intervención de los sindicatos o terceras partes para iniciar acciones judiciales y administrativas en defensa de las personas trabajadoras desplazadas debe cumplir los siguientes requisitos: (a) que dichas entidades tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de las Directivas de desplazamiento, y; (b) que su intervención sea aprobada por la persona trabajadora.

Aunque la doctrina ha observado que el artículo 11.3 DR no aclara si los sindicatos u organizaciones que pueden intervenir en defensa de las personas trabajadoras desplazadas son los del Estado de envío o del Estado de acogida⁹⁴⁵, entendemos que tal omisión se ha efectuado a propósito, con el objeto de que pueda entenderse que están legitimados los sindicatos y organizaciones de ambos Estados miembros. En ese sentido, si se tiene en consideración que la finalidad de la norma es garantizar una aplicación más eficaz de la DDT en territorio comunitario, el cumplimiento de dicho objetivo es un interés legítimo común a las organizaciones sindicales e interlocutores sociales tanto del Estado de envío como del Estado de acogida: los primeros, porque las personas trabajadoras desplazadas están efectivamente integradas en el mercado de trabajo que constituye su ámbito de acción y los segundos, para evitar supuestos de dumping social en el Estado en que están constituidos, protegiendo así tanto a las personas trabajadoras desplazadas como a las demás personas trabajadoras que prestan servicios en dicho Estado.

⁹⁴⁴ STJUE *Asunto Sähköalojen ammattiliitto*, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartado 26.

⁹⁴⁵ MARTINEZ GAYOSO, Nieves: “Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento establecidas para facilitar la protección de los trabajadores desplazados”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 366.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta el artículo 11.4. letra b) DR, en virtud del cual las normas que establezcan acciones para demandar o que posibiliten la legitimación de sindicatos y otros sujetos colectivos, se aplicarán sin perjuicio de *“las demás competencias y derechos colectivos de los interlocutores sociales y representantes de trabajadores y empresarios”*. Al interpretar esta disposición, autorizada doctrina científica ha entendido que el legislador comunitario estaría admitiendo el recurso a la huelga como una alternativa a las medidas administrativas o judiciales garantizadas en el artículo 11.1 RD y como medida legítima de protesta ante eventuales incumplimiento de las Directivas de Desplazamiento⁹⁴⁶. Sin embargo, considerando la jurisprudencia reciente del TJUE en relación con este tema, la doctrina prefiere ser cauta y esperar a las interpretaciones que éste realice con ocasión de nuevos pronunciamientos⁹⁴⁷.

A continuación, el artículo 11.5 DR insta una garantía de indemnidad, en cuanto dispone que *“los trabajadores desplazados que inicien procedimientos judiciales o administrativos [...] estarán protegidos frente a cualquier trato desfavorable por parte del empleador”*. En atención a que no establece una obligación de legislar al respecto, entendemos que, en caso de que no exista una disposición que establezca la protección de las personas trabajadoras frente a las represalias por la reivindicación de sus derechos laborales en el ordenamiento interno de cada Estado miembro, esta garantía ha de estar contenida en las normas nacionales de transposición de la DR⁹⁴⁸.

En la misma línea que las disposiciones anteriores, el artículo 11.6 DR impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la responsabilidad de la empresa que ha desplazado a los trabajadores en relación con todos los derechos derivados de la relación contractual, responsabilidad que subsistirá incluso si el desplazamiento ha finalizado. Aunque esta norma da a entender que la referencia es a cualquier derecho laboral de la persona trabajadora, estimamos que se trata

⁹⁴⁶ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE...”, ob. cit., p. 152.

⁹⁴⁷ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE...”, ob. cit., p. 152.

⁹⁴⁸ Entendemos que el artículo 11.5 de la Directiva 2014/67/UE no fue transpuesto por el Título IV del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, en atención a que en España la garantía de indemnidad está consagrada constitucionalmente y es un derecho fundamental de todos los trabajadores, incluyendo a los desplazados.

de los derechos que se ostentan con ocasión del desplazamiento y en aplicación de la DDT.

Una interpretación distinta excedería los objetivos de la norma, pues supondría la regulación por la DR de aspectos que se rigen por la legislación aplicable al contrato de trabajo y no por la DDT. Por este motivo, entendemos que el siguiente párrafo del artículo 11.6 DR es una concreción de los supuestos en los que se debe garantizar la responsabilidad de la empresa desplazante, al imponer a los Estados miembros la incorporación a sus legislaciones mecanismos para que las personas trabajadoras desplazadas puedan recibir la remuneración neta que se les adeude –de acuerdo con la legislación más favorable– así como otros conceptos y deducciones que se hayan descontado o retenido indebidamente de su remuneración.

En un segundo grupo de mecanismos de cumplimiento directo, el artículo 12 DR se refiere a la adopción de medidas por los Estados miembros, a fin de garantizar la responsabilidad en las cadenas de contratación, incluyendo el deber de informar a la Comisión Europea en relación con las medidas adoptadas para el cumplimiento de la disposición⁹⁴⁹. Al respecto, el Artículo 12.1 DR faculta a los Estados miembros

⁹⁴⁹ Artículo 12 de la Directiva 2014/67/UE: “1. Para combatir los abusos y fraudes, los Estados miembros podrán, previa consulta con los interlocutores sociales correspondientes, con arreglo al Derecho o las prácticas nacionales, adoptar medidas adicionales sobre una base no discriminatoria y proporcionada, con objeto de garantizar que, en las cadenas de subcontratación, el trabajador desplazado pueda hacer responsable al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios contemplado en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71/CE, además de al empleador o en su lugar, respecto a cualquier remuneración neta pendiente correspondiente a las cuantías de salario mínimo o a las cotizaciones adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales en la medida en que les sea aplicable el artículo 3, de la Directiva 96/71/CE.

2. En lo que respecta a las actividades mencionadas en el anexo de la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros establecerán medidas que garanticen que, en las cadenas de subcontratación, los trabajadores desplazados puedan hacer responsable del respeto de sus derechos, contemplados en el apartado 1 del presente artículo, al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además de al empleador o en su lugar.

3. La responsabilidad a la que se refieren los apartados 1 y 2 se limitará a los derechos de los trabajadores adquiridos en el marco de la relación contractual entre el contratista y su subcontratista.

4. Asimismo, los Estados miembros podrán, de conformidad con el Derecho de la Unión, establecer igualmente en la normativa nacional, de manera no discriminatoria y proporcionada, normas más estrictas sobre el ámbito y el alcance de la responsabilidad en la subcontratación. Además, ateniéndose al Derecho de la Unión, podrán regular esa responsabilidad en sectores distintos de los indicados en el anexo de la Directiva 96/71/CE.

5. Los Estados miembros podrán eximir de responsabilidad, en los casos a que se refieren los apartados 1, 2 y 4, al contratista que haya actuado con la diligencia debida conforme al Derecho nacional.

6. En lugar de las normas sobre responsabilidad contempladas en el apartado 2, los Estados miembros podrán adoptar otras medidas de garantía del cumplimiento adecuadas, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales, que permitan que, en una relación de subcontratación directa, se apliquen al contratista sanciones efectivas y proporcionadas para combatir el fraude y los abusos en aquellas situaciones en que los trabajadores tengan dificultades para hacer valer sus derechos.

para que, previa consulta a los interlocutores sociales, puedan adoptar medidas adicionales para garantizar la extensión de responsabilidad por incumplimientos al contratista que haya suscrito el contrato de prestación de servicios con la empleadora de las personas trabajadoras desplazadas, en lo tocante a las remuneraciones pendientes y cotizaciones adeudadas. Dicha responsabilidad estará limitada a los derechos adquiridos durante la vigencia del contrato de prestación de servicios que sirve de antecedente al desplazamiento [artículo 12.3 DR], admitiéndose la posibilidad de que los Estados miembros exoneren de responsabilidad al contratista que haya actuado diligentemente, en el sentido que ésta se entienda según la legislación del Estado de acogida [artículo 12.5 DR].

A diferencia del carácter facultativo de la adopción de medidas para garantizar la responsabilidad de los contratistas en la generalidad de los sectores económicos a los que se aplica la DDT, el artículo 12.2 DR prescribe que, tratándose de las actividades del sector de la construcción establecidas en el Anexo, los Estados tienen la obligación de establecer medidas que determinen la responsabilidad solidaria de la empresa contratista. Sin embargo, estimamos que tal obligatoriedad es únicamente aparente, pues el artículo 12.6 DR permite a los Estados miembros optar entre la introducción de la responsabilidad solidaria y la adopción de *“otras medidas de garantía del cumplimiento adecuadas”* que permitan la aplicación de sanciones al contratista, en el marco de una relación de subcontratación directa.

De todos modos, y de forma consecuente con su carácter de norma mínima⁹⁵⁰, los Estados miembros están facultados por la Directiva de Refuerzo para establecer normas más estrictas en relación con la responsabilidad de los contratistas respecto de las personas trabajadoras desplazadas, pues el artículo 12.4 autoriza a ampliar

7. Los Estados miembros informarán a la Comisión de las medidas que adopten a tenor del presente artículo y pondrán a disposición pública la información correspondiente en la lengua o lenguas que cada Estado miembro considere más pertinentes.

En el caso al que se refiere el apartado 2, la información facilitada a la Comisión incluirá elementos que establezcan la responsabilidad en las cadenas de subcontratación.

En el caso al que se refiere el apartado 6, la información facilitada a la Comisión deberá incluir elementos que describan la eficacia de las medidas nacionales alternativas en relación con las normas sobre responsabilidad a las que se refiere el apartado 2.

La Comisión pondrá esta información a disposición de los demás Estados miembros.

8. La Comisión controlará atentamente la aplicación del presente artículo”.

⁹⁵⁰ MARTINEZ GAYOSO, Nieves: “Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento...”, ob. cit., p. 367.

el ámbito y alcance de dicha responsabilidad, bajo los requisitos cumulativos de un trato no discriminatorio y proporcionado. Es decir, la norma comunitaria admite la aplicación de las normas sobre responsabilidad solidaria de los contratistas a sectores distintos de la construcción y en lo que se refiere a su alcance, autoriza a extenderlas, por ejemplo, al cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social⁹⁵¹.

En lo que respecta al artículo 12 DR, así como al hecho de que su aparente obligatoriedad solo alcance al sector de la construcción, se produce una falta de coherencia entre la DR y la DDT, pues, con las modificaciones introducidas por la Directiva de 2018, ya no es posible interpretar que su ámbito se limite a ese sector económico en concreto. De tal manera, el mayor o menor alcance del artículo 12 DR ha quedado a merced de la acción normativa de los Estados miembros, mediante la transposición de la DR.

Si bien en la doctrina se reconoce que la redacción del artículo 12 DR se debe a que las reglas de responsabilidad civil no están armonizadas en el ámbito de la Unión Europea⁹⁵², se han planteado dudas respecto a su efectividad. En efecto, se ha sostenido que la redacción del artículo 12.6 DR –en cuanto permite establecer un sistema de sanciones alternativo a la responsabilidad solidaria del contratista– es una concesión a los Estados miembros que no tenían instaurado el sistema de responsabilidad solidaria, pues éstos aducían que establecer la regla también para los casos de subcontratación local, a efectos de evitar el trato discriminatorio, podía distorsionar su mercado interno⁹⁵³. Sin embargo, concordamos con quien advierte que admitir la dicotomía entre los sistemas que establezcan la responsabilidad solidaria y los que instituyan un sistema de sanciones puede propiciar la competencia económica en el mercado interior de la Unión Europea⁹⁵⁴, pues los Estados de acogida que no establezcan medidas de extensión de responsabilidad

⁹⁵¹ PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE..., ob. cit.

⁹⁵² FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE...", ob. cit., p. 143.

⁹⁵³ PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE..., ob. cit.

⁹⁵⁴ FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE...", ob. cit., p. 143.

a los contratistas podrían atraer más inversiones que otros Estados que sí la regulen.

En suma, aunque la redacción de las garantías directas para el cumplimiento de la DDT tiene buenas intenciones, quizá la novedad más relevante esté relacionada con la legitimación de sindicatos y otros sujetos colectivos para actuar en interés de los trabajadores desplazados en procedimientos judiciales y administrativos concretos, pues supone un refuerzo de la posición de la persona trabajadora desplazada en lo que respecta a la visibilidad de su situación en el Estado de acogida, la defensa de sus intereses a nivel colectivo y asistencia jurídica a nivel individual.

De todos modos, si la finalidad mediata de la DDT es la prevención del dumping social a través de normas que disminuyan las ventajas competitivas de los prestadores de servicios basadas en estándares laborales inferiores, las disposiciones de la Directiva de Refuerzo debieron ser más específicas respecto a las medidas cuya adopción se exigían y menos flexibles en lo que se refiere a las obligaciones impuestas a los Estados miembros. Asimismo, si se tiene en consideración que menos de la mitad de los Estados miembros establecen sistemas de responsabilidad solidaria en sus legislaciones⁹⁵⁵, y a falta de pronunciamientos del TJUE a ese respecto, es posible que el segundo grupo de medidas no tenga la suficiente trascendencia práctica para la consecución de los objetivos pretendidos por la DR.

2.1.5.2. Medidas indirectas para asegurar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE: la entrega de información y el control de los desplazamientos.

Como hemos señalado, existe un segundo tipo de mecanismos que permiten, de manera indirecta, impulsar la observancia de la DDT. En efecto, en cuanto tienen por objetivo detectar los casos de vulneraciones a la DDT para la posterior imposición de sanciones u otras medidas, estos mecanismos no constituyen una vía inmediata para asegurar el cumplimiento de la DDT, ya que por sí solas no

⁹⁵⁵ PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE..., ob. cit.

restablecen a la persona trabajadora desplazada en sus derechos. De todas maneras, constituyen un complemento idóneo para las garantías directas, toda vez que su ámbito de acción se encuentra principalmente en los supuestos en que las personas trabajadoras no denuncian ni ejercen acciones legales.

Sobre la base de que la puesta en común de información facilita la detección de incumplimientos⁹⁵⁶, tanto la DDT en su versión actual, como la Directiva 2014/67/UE establecen diversas obligaciones a los Estados miembros en materia de información y control de los desplazamientos. Nos referiremos someramente a los deberes más relevantes, a fin de proporcionar una síntesis sobre las medidas indirectas adoptadas para garantizar el respeto de la DDT por las empresas que desplazan a personas trabajadoras.

A nuestro entender, las obligaciones impuestas por la DDT a los Estados miembros pueden sintetizarse en tres grupos de deberes: (i) el deber de cooperación para la entrega de información a otros Estados miembros; (ii) el deber de proporcionar información a las personas trabajadoras desplazadas sobre la determinación de las condiciones laborales del núcleo duro en su territorio, y (iii) la responsabilidad sobre la vigilancia, control y ejecución de las obligaciones establecidas en la DDT y la Directiva de Refuerzo.

En lo que se refiere al primer grupo de deberes, el artículo 4.2 DDT impone a los Estados miembros el deber de cooperar en materia de entrega de información, el cual se materializa en la obligación de establecer un sistema de cooperación gratuito para responder a peticiones de información motivadas –realizadas por autoridades y organismos competentes de otros Estados miembros– en asuntos que se refieran o tengan relación con el desplazamiento de personas

⁹⁵⁶ Considerandos 32 y 33 de la Directiva 2014/67/UE: "(32) Las autoridades de inspección y otros organismos de seguimiento y garantía de cumplimiento pertinentes de los Estados miembros deben recurrir a la cooperación y al intercambio de información establecidos en la normativa aplicable, a fin de verificar si se han respetado las normas aplicables a los trabajadores desplazados".

(33) Se anima especialmente a los Estados miembros a que adopten un enfoque más integrado de las inspecciones de trabajo. Igualmente debe estudiarse la necesidad de desarrollar normas comunes para establecer métodos y prácticas comparables y estándares mínimos a escala de la Unión. No obstante, el desarrollo de unas normas comunes no debe socavar los esfuerzos emprendidos por los Estados miembros para luchar eficazmente contra el trabajo no declarado".

trabajadoras⁹⁵⁷. Asimismo, en virtud del artículo 3 de la DR en relación con los artículos 4.1 y 4.4 DDT, los Estados miembros tienen la obligación de designar centros de enlace o instancias competentes a estos efectos, así como el deber de informar a los Estados miembros y a la Comisión sobre los organismos y autoridades que han sido designadas a estos efectos. Por su parte, los Estados miembros deben respetar la designación realizada⁹⁵⁸.

Seguidamente, en relación con el segundo grupo de deberes, el artículo 4.3 DDT prescribe el deber de los Estados de “*tomar las medidas necesarias*” para que la información sobre las condiciones laborales garantizadas por la DDT en su territorio, así como las fuentes reguladoras de los mismos, sea accesible para las personas trabajadoras desplazadas⁹⁵⁹. Esta disposición ha de complementarse con

⁹⁵⁷ Artículo 4.2 de la Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros establecerán una cooperación entre las autoridades u organismos competentes, incluidas las administraciones públicas, a los que, en virtud de la legislación nacional, compete la vigilancia de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 3, incluido a escala de la Unión. Esta cooperación consistirá, en particular, en responder a las peticiones de información motivadas cursadas por dichas autoridades u organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores, y en abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores. Si la autoridad o el organismo competente del Estado miembro desde el cual haya sido desplazado el trabajador no posee la información solicitada por la autoridad o el organismo competente del Estado miembro a cuyo territorio se ha desplazado el trabajador para ejecutar su trabajo, recabará esa información de otras autoridades u organismos de dicho Estado miembro. En caso de demoras persistentes a la hora de facilitar la información al Estado miembro a cuyo territorio se ha desplazado el trabajador para ejecutar su trabajo, se informará a la Comisión, quien adoptará las medidas adecuadas. La Comisión y las administraciones públicas mencionadas en el párrafo primero colaborarán estrechamente con el fin de analizar las dificultades que pudieran surgir en la aplicación del apartado 10 del artículo 3. La asistencia administrativa recíproca se prestará gratuitamente”.

⁹⁵⁸ Artículo 3 de la Directiva 2014/67/UE: “A efectos de la presente Directiva, los Estados miembros designarán, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, una o más autoridades competentes, que podrán incluir los centros de enlace a los que se refiere el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE. Al designar a sus autoridades competentes, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la protección de los datos contenidos en la información intercambiada y los derechos legales de las personas físicas y jurídicas que pudieran verse afectadas. Los Estados miembros serán responsables en última instancia de salvaguardar la protección de los datos y los derechos legales de las personas afectadas, y a ese efecto establecerán los mecanismos adecuados.

Los Estados miembros comunicarán los datos de contacto de las autoridades competentes a la Comisión y a los demás Estados miembros. La Comisión publicará y actualizará con regularidad la lista de autoridades competentes y centros de enlace.

Los demás Estados miembros y las instituciones de la Unión respetarán la elección de cada Estado miembro en cuanto a sus autoridades competentes”.

Por su parte, los artículos 4.1 y 4.4 de la Directiva 96/71/CE establecen: “1. A efectos de la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros designarán, de acuerdo con las legislaciones y/o usos nacionales, uno o más centros de enlace o una o más instancias nacionales competentes [...]

4. Cada Estado miembro comunicará a los demás Estados miembros y a la Comisión los centros de enlace y/o las instancias competentes a que se refiere el apartado 1”.

⁹⁵⁹ Artículo 4.3 de la Directiva 96/71/CE: “Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que la información relativa a las condiciones de trabajo y de empleo contemplada en el artículo 3 sea generalmente accesible”.

el artículo 5.2 DR, que en términos generales establece la obligación de proporcionar dicha información mediante un sitio web oficial único y “*otros medios adecuados*”, información que además debe estar actualizada⁹⁶⁰. No obstante, durante la investigación realizada para este estudio hemos podido constatar que, en la práctica, los sitios web oficiales no son fácilmente reconocibles ni están redactados en el idioma de todos los Estados miembros, sino mayoritariamente en inglés, lo que puede suponer un problema para las personas trabajadoras desplazadas que no conocen suficientemente dicho idioma. Además, los sitios web tampoco resultan claros, pues no solo es necesario el conocimiento del sistema jurídico de cada país para contextualizar la información que se entrega, sino que los Estados no han realizado un análisis suficientemente exhaustivo de las normas y disposiciones que resultarían aplicables en virtud de la DDT respecto de todas las condiciones laborales garantizadas por la norma. Por esa razón, insistimos en que la solución más efectiva planteada por la Directiva de Refuerzo para la problemática de la efectiva aplicación de la DDT es la posibilidad de intervención de los sindicatos y otros sujetos colectivos, concedores del sistema jurídico de cada Estado, así como de su legislación laboral y cuya asesoría jurídica a las personas trabajadoras desplazadas muy probablemente será más efectiva que la información contenida en el sitio web.

⁹⁶⁰ Artículo 5.2 de la Directiva 2014/67/UE: Para seguir mejorando el acceso a la información, los Estados miembros deberán:

- a) indicar claramente, en un sitio web oficial único a escala nacional y por otros medios adecuados, de manera detallada y fácil y en un formato accesible, qué condiciones de empleo o qué disposiciones del Derecho nacional o regional se han de aplicar a los trabajadores desplazados en su territorio;
- b) adoptar las medidas necesarias para dar públicamente a conocer, en el sitio web oficial único a escala nacional y por otros medios adecuados, la información sobre qué convenios colectivos son aplicables y a quién lo son, y sobre qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros de acuerdo con la Directiva 96/71/CE, incluyendo, cuando sea posible, enlaces a sitios de internet y otros puntos de contacto existentes, en particular, los interlocutores sociales correspondientes;
- c) poner esta información a disposición de los trabajadores y de los prestadores de servicios gratuitamente, en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de acogida y en las lenguas que el Estado miembro de acogida considere más pertinentes teniendo en cuenta las demandas en su mercado de trabajo. Esta información debe estar disponible, a ser posible, en forma de folleto resumido en el que se expongan las principales condiciones de empleo aplicables, incluida la descripción de los procedimientos de reclamación y, si así se solicita, en formatos accesibles para las personas con discapacidad; se pondrá a disposición de una manera sencilla y gratuita más información detallada sobre las condiciones laborales y sociales, también las relativas a la salud y seguridad en el trabajo, aplicables a los trabajadores desplazados;
- d) mejorar la accesibilidad y la claridad de la respectiva información, en particular, de la proporcionada en el sitio web oficial único a escala nacional contemplado en la letra a);
- e) indicar una persona de contacto en el centro de enlace encargado de tramitar las solicitudes de información;
- f) mantener actualizada la información proporcionada en las fichas de país”.

Por su parte, el artículo 20 DR en relación con el artículo 5 DDT⁹⁶¹, responsabiliza a los Estados miembros de la vigilancia, control y ejecución de las obligaciones impuestas por la DDT y la DR, para lo cual les exige establecer un sistema de sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, así como instaurar procedimientos para que las personas trabajadoras desplazadas y sus representantes puedan hacer valer los derechos que les otorga la DDT. Asimismo, esta norma debe relacionarse con el párrafo final del artículo 3.1 DDT, que establece la atenuante de «información insuficiente» en el sitio web oficial, a efectos de determinar las sanciones por incumplimiento de las disposiciones de la DDT. Respecto a esta atenuante de responsabilidad, coincidimos con quien critica la exigencia de difusión de estas normas a los Estados miembros, en cuanto existe un principio común a bastantes ordenamientos referido a que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento⁹⁶².

Cabe añadir que, en virtud del artículo 5 DDT, los Estados también deben velar por que la persona trabajadora incluida erróneamente en el ámbito de aplicación de la DDT se beneficie de la legislación y prácticas que realmente corresponda aplicar a la relación laboral, introduciendo también una prohibición de aplicar sus disposiciones en un sentido que tenga como consecuencia el sometimiento de las personas trabajadoras a condiciones menos favorables que las de las personas trabajadoras desplazadas.

⁹⁶¹ Artículo 5 de la Directiva 96/71/CE: “El Estado miembro a cuyo territorio ha sido desplazado el trabajador para ejecutar su trabajo y el Estado miembro desde el cual haya sido desplazado el trabajador serán responsables de la vigilancia, el control y la ejecución de las obligaciones contempladas en la presente Directiva y en la Directiva 2014/67/UE y adoptarán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva.

Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su puesta en marcha. Las sanciones previstas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. En particular, los Estados miembros velarán por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones establecidas en la presente Directiva.

Cuando, tras una evaluación global realizada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE, se compruebe que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables.

Los Estados miembros velarán por que el presente artículo no dé lugar a que el trabajador de que se trate se vea sometido a condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores desplazados”.

⁹⁶² PARRA GUTIÉRREZ, Juan: “El desplazamiento de trabajadores tras la Directiva 2018/957...”, ob. cit.

En lo que se refiere al sistema de sanciones que los Estados miembros deben establecer conforme al artículo 5 DDT, a la fecha existen dos pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria que, siguiendo su ya tradicional línea, consideran desproporcionadas y contrarias a la libre prestación de servicios las sanciones y medidas preventivas establecidas por un Estado miembro en aplicación de la norma⁹⁶³. En ambos casos, el TJUE reitera que se consideran restricciones a la libertad de prestación de servicios “*las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad*”⁹⁶⁴ y que dichas restricciones solo serían admisibles si responden al interés general y son proporcionadas⁹⁶⁵. El problema, a nuestro entender, es que si el TJUE pone obstáculos y considera contrarias a la libre prestación de servicios y desproporcionadas todas las medidas que se someten a su conocimiento –y que el mismo ordenamiento comunitario ha obligado a los Estados miembros a incorporar a sus legislaciones nacionales– las

⁹⁶³ Nos referimos a la STJUE de 8 de marzo de 2022 (C-205/20), respecto de las disposiciones de la legislación austríaca y respecto a la proporcionalidad de una norma que imponía una multa de 54.000 € a una empresa eslovaca por incumplimiento de obligaciones referidas al desplazamiento de trabajadores, determinó que el principio de primacía del Derecho de la Unión debía interpretarse en el sentido de que impone a las autoridades nacionales la obligación de inaplicar una normativa nacional que contraviene la exigencia de proporcionalidad de las sanciones, conforme al artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE.

En un sentido similar, la STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18), que pronunciándose en relación con las sanciones establecidas por la legislación austríaca en cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE, dispone: “El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de Derecho laboral relativas a la obtención de autorizaciones administrativas y a la conservación de documentos salariales, prevé la imposición de multas:

- que no pueden ser inferiores a un importe predefinido;
- que se imponen de forma acumulativa para cada trabajador afectado y sin límite máximo;
- a las que se añade una contribución a las costas del procedimiento de hasta el 20 % de su importe en caso de desestimación del recurso interpuesto contra la decisión por la que se imponen, y
- que se convierten en penas privativas de libertad por falta de pago.

Por su parte, la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (C-33/17), nuevamente con respecto a la imposición por la legislación austríaca de una fianza, que en el caso concreto alcanzaba un importe de 5.200 €, el TJUE determina: “el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual las autoridades competentes pueden exigir al dueño de una obra establecido en ese Estado miembro que retenga el pago al contratista establecido en otro Estado miembro o incluso que constituya una fianza por el importe del precio de la obra pendiente de pago, para garantizar el cobro de la multa que podría imponerse a ese contratista en caso de que se demostrase que se produjo una infracción del Derecho del trabajo del primer Estado miembro”.

Aunque coincidimos con el TJUE en que tanto la falta de regulación de un límite máximo para las sanciones como la privación de libertad ante la falta de pago de las sanciones son desproporcionadas, nos parece que las otras medidas enjuiciadas resultan lo suficientemente disuasorias de fraude y elusión de la Directiva 96/71/CE, así como respetuosas de la proporcionalidad exigida por las Directivas de Desplazamiento.

⁹⁶⁴ STJUE de 13 de noviembre de 2018 (C-33/17) párrafo 37.

⁹⁶⁵ STJUE de 13 de noviembre de 2018 (C-33/17) párrafo 42.

disposiciones de la DR relativas a estas medidas pierden la efectividad pretendida por el derecho de la Unión.

Retornando al análisis normativo, y como se desprende de lo señalado previamente, algunas de las disposiciones de la Directiva de Refuerzo desarrollan las obligaciones que la DDT ya imponía. En sus preceptos restantes establece más deberes para los Estados miembros, particularmente en materia de inspecciones y cooperación entre sus servicios de inspección, puesto que la estrategia basada en recomendaciones a los Estados miembros respecto a su actividad interna de seguimiento y control de los desplazamientos no había tenido éxito⁹⁶⁶. Dada la extensión y detalle de los preceptos que los establecen, se identificarán estos deberes y se hará referencia a ellos en la forma más sintética posible.

En términos generales, el artículo 7.6 DR establece –en lo que constituye una lógica consecuencia de la soberanía de los Estados– la prohibición de realizar una actuación inspectora en un Estado distinto a aquel en el cual la autoridad tiene competencia, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar información o actuaciones a sus pares en otros Estados miembros⁹⁶⁷. A su vez, el artículo 8.1 DR impone la obligación de adoptar medidas de acompañamiento para fortalecer la cooperación entre autoridades que realicen inspecciones⁹⁶⁸, en un símil de lo que prevé el artículo 4.2 DDT para los organismos de enlace.

⁹⁶⁶ MARTÍN HERNÁNDEZ, María: “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: El papel de la Inspección de trabajo”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, págs. 323-351.

⁹⁶⁷ Artículo 7.6 de la Directiva 2014/67/UE: “La obligación establecida en el presente artículo no implicará que el Estado miembro de establecimiento deba realizar comprobaciones y controles materiales en el territorio del Estado miembro de acogida en el que se preste el servicio. Tales comprobaciones y controles podrán ser realizados por las autoridades del Estado miembro de acogida por iniciativa propia o a petición de las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento, de acuerdo con el artículo 10 y de conformidad con las competencias de supervisión establecidas en el Derecho, las prácticas y los procedimientos administrativos del Estado miembro de acogida, y con arreglo al Derecho de la Unión”.

⁹⁶⁸ Artículo 8.1 de la Directiva 2014/67/UE: “Los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión, deberán adoptar medidas de acompañamiento para desarrollar, facilitar y promover el intercambio entre los funcionarios encargados de la implementación de la cooperación administrativa y la asistencia mutua, así como del seguimiento de la observancia y del cumplimiento de las normas aplicables. Los Estados miembros podrán adoptar también medidas de acompañamiento para apoyar a las organizaciones que faciliten información a los trabajadores desplazados”.

Asimismo, los artículos 9.1 y 9.2 DR autorizan a los Estados miembros a establecer medidas relacionadas con la entrega o conservación de información, las cuales pueden formar parte o no de la lista abierta que la disposición enumera, bajo la condición de estar justificadas y ser proporcionadas con la finalidad perseguida, pudiendo incluir nuevas medidas y requisitos administrativos en el caso de que los existentes fuesen insuficientes⁹⁶⁹. En la misma línea, el artículo 10.1 DR impone a los Estados miembros garantizar el establecimiento de mecanismos de inspección

⁹⁶⁹ Artículos 9.1 y 9.2 de la Directiva 2014/67/UE: “1. Los Estados miembros solo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión.

Para ello, los Estados miembros podrán imponer, en particular, las medidas siguientes:

a) la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple a las autoridades nacionales competentes responsables, a más tardar cuando comience la prestación de servicios, en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, o en otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida, que contenga la información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo, en particular:

- i) la identidad del prestador de servicios,
- ii) el número previsto de trabajadores desplazados claramente identificables,
- iii) las personas a las que hacen referencia las letras e) y f),
- iv) la duración previsible y las fechas previstas del comienzo y de la finalización del desplazamiento,
- v) la dirección o direcciones del lugar de trabajo, y
- vi) la naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento;

b) la obligación de conservar o poner a disposición o de guardar copias en papel o en formato electrónico del contrato de trabajo o un documento equivalente a tenor de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, incluida, cuando sea adecuado o pertinente, la información adicional a la que se refiere el artículo 4 de esa Directiva, las nóminas, las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario y los comprobantes del pago de salarios, o copias de los documentos equivalentes, durante el período de desplazamiento, en un lugar accesible y claramente identificado de su territorio, como puede ser el lugar de trabajo, a pie de obra o, en el caso de los trabajadores móviles del sector del transporte, la base de operaciones o el vehículo en el que se presta el servicio;

[Nota: si bien se ha transcrito la versión oficial de la norma, entendemos que existe un error en su actualización, pues la remisión efectuada en la letra b) debe entenderse hecha a la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que derogó a la Directiva 91/533/CEE]

c) la obligación de entregar, en un plazo razonable, los documentos que contempla la letra b), una vez concluido el desplazamiento, a petición de las autoridades del Estado miembro de acogida;

d) la obligación de proporcionar una traducción de los documentos mencionados en la letra b) a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida o a otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida;

e) la obligación de designar una persona para que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida en que se presten los servicios y para que envíe y reciba documentos o notificaciones, de ser necesario;

f) la obligación de designar una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante a través de la cual los interlocutores sociales pertinentes puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, durante el período en el que se presten los servicios. Esta persona podrá ser distinta de las personas a que hace referencia la letra e), y no tendrá que estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque tiene que estar disponible previa solicitud razonable y justificada.

2. Los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control cuando surjan situaciones o nuevos elementos que permitan suponer que los requisitos administrativos y medidas de control existentes resultan insuficientes o ineficaces para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la Directiva 96/71/CE y la presente Directiva, siempre que estén justificados y sean proporcionados”.

«adecuados y eficaces», basados en una «evaluación de riesgos»⁹⁷⁰, esto es, con una pauta para organizar las inspecciones que identifique con carácter previo las actividades, sectores o zonas geográficas en que exista una mayor probabilidad de infracción de la DDT⁹⁷¹. En lo que se refiere a las medidas de control, coincidimos con quien sostiene que podría haber sido beneficioso señalar en la Directiva de Refuerzo supuestos en que se ejemplificara la imposición de requisitos que limitasen injustificadamente la libertad de prestación de servicios⁹⁷², pues de esa manera los Estados miembros habrían podido legislar dentro de unos márgenes que otorgasen mayor seguridad jurídica a sus decisiones normativas.

Ha de añadirse que la Directiva de Refuerzo pretende fortalecer el control del cumplimiento de la DDT con la utilización del sistema de Información de Mercado Interior (denominado «sistema IMI»), establecido por el Reglamento (UE) 1024/2012 y con el sistema de ejecución transfronteriza de sanciones y multas administrativas establecido en el capítulo VI de la DR [artículos 13 a 19]. Mientras el sistema IMI constituye el medio a través de la cual se comparte la información sobre los desplazamientos, el sistema de ejecución transfronteriza prevé la cooperación y asistencia mutua entre las autoridades inspectoras pertenecientes a todos los Estados miembros, tanto en la fase del procedimiento sancionatorio como en la ejecución de sanciones⁹⁷³.

⁹⁷⁰ Artículo 10.1 de la Directiva 2014/67/UE: “Los Estados miembros garantizarán que en su territorio se prevean, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y eficaces y que las autoridades designadas conforme al Derecho nacional realicen inspecciones eficaces y apropiadas para efectuar el control y el seguimiento de la observancia de las disposiciones y normas establecidas en la Directiva 96/71/CE, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, y garantizando de este modo que se apliquen y cumplan correctamente. No obstante la posibilidad de que se realicen comprobaciones aleatorias, las inspecciones se basarán principalmente en una evaluación de riesgos que deberán realizar las autoridades competentes. En la evaluación de riesgos se podrán detectar los sectores de actividad de su territorio en los que se concentra el empleo de trabajadores desplazados para la prestación de servicios. Al efectuar esa evaluación de riesgos, podrán tenerse en cuenta especialmente factores como la realización de grandes proyectos de infraestructuras, la existencia de largas cadenas de subcontratación, la proximidad geográfica, los problemas y las necesidades especiales de sectores concretos, el historial de infracciones y la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores”.

⁹⁷¹ PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE..., ob. cit.

⁹⁷² FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE...”, ob. cit., p. 145.

⁹⁷³ PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE..., ob. cit.

En nuestra opinión, las disposiciones a las que se ha hecho alusión resultan un avance significativo para asegurar y fomentar el cumplimiento de la DDT, si bien – tal como adelantábamos en epígrafes anteriores– se otorga preeminencia al control a posteriori. Por ejemplo, las medidas de entrega o conservación de información podrían constituir un mecanismo disuasorio, pero su finalidad parece estar orientada a proporcionar indicios de infracción a los controles que se realicen una vez verificado el desplazamiento, de manera que no se entrega solución a los incumplimientos que puedan esquivar estos controles.

Por último, pese a que los avances normativos deben valorarse positivamente, resulta evidente que, en el afán de evitar las eventuales limitaciones a la libre competencia que conllevarían la imposición de controles previos al desplazamiento y las sanciones disuasorias, el interés por potenciar las libertades comunitarias ha ganado nuevamente la partida a la protección de los trabajadores desplazados.

2.1.6. Algunas consideraciones con relación a las Directivas de desplazamiento.

Planteada como una solución a las distorsiones al mercado interior de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, y pese a la evolución que ha experimentado desde su incorporación en el ordenamiento comunitario, la garantía a la aplicación de la legislación más favorable de un conjunto de condiciones laborales a los trabajadores desplazados aún no puede satisfacer tales expectativas.

Si bien es considerada una alternativa a la técnica de armonización y una solución original⁹⁷⁴, estimamos que su correcta aplicación en la práctica resulta extremadamente compleja. Preservando estrictamente los estándares propuestos por la DDT –so pena de incurrir en obstaculización a la libre prestación de servicios– y desde la perspectiva de la legislación comunitaria, una vez definidas las normas europeas que regulan las condiciones laborales que conforman el núcleo duro, es necesario establecer qué disposiciones concretas de cada norma, reglamento o

⁹⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores...”, ob. cit., pp. 359-361.

convenio colectivo pueden formar parte de la garantía y qué aspectos han de quedar fuera. A modo de ejemplo, la categoría profesional es determinante para establecer el salario de las personas trabajadoras y si bien no se trata de disposiciones que se refieran estrictamente a la remuneración, resultan imprescindibles para su determinación, por lo que deben considerarse parte de las disposiciones aplicables a las personas trabajadoras desplazadas, pero fue necesario esperar hasta la sentencia del *Asunto Sähköalojen* para que el TJUE lo determinara así⁹⁷⁵.

En lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos nacionales, la determinación de las disposiciones específicas que contienen la transposición de las normas europeas no es una tarea sencilla, toda vez que la transposición puede efectuarse en diversos cuerpos normativos. En ese sentido, y tal como se puede advertir en el análisis particular de las condiciones laborales que forman parte del núcleo duro de la relación laboral a efectos de la DDT, el derecho comunitario ha establecido normas que inciden en la regulación de cada una de estas condiciones en el derecho interno de cada Estado miembro, y a las que se debe atender para una correcta determinación del nivel de protección garantizado a las personas trabajadoras desplazadas. Sin ir más lejos, tal es el caso de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, cuyas respectivas normas de transposición influyen en la configuración de la garantía a las condiciones de desplazamiento de las personas trabajadoras de ETTs.

Pese a que la Directiva de Refuerzo intentó solventar dificultades como las que se han apuntado, mediante la instauración del deber de los Estados miembros de mantener un sitio web accesible, claro y actualizado en que conste información relativa a normas y convenios colectivos que regulen las condiciones laborales del núcleo duro, esta solución resulta insuficiente para asegurar la protección garantizada: aunque la información proporcionada fuese completa, la correcta determinación de las condiciones laborales establecidas en el Estado de acogida en un caso concreto requiere un conocimiento elevado de dicho ordenamiento, de su sistema de relaciones laborales y de los criterios judiciales para la interpretación

⁹⁷⁵ STJUE Asunto Sähköalojen ammattiliitto, 12 de febrero de 2015 (C-396/13), apartado 43.

de sus normas. No obstante, si se decidiera incluir estos aspectos, su complejidad supondría una disminución de la claridad que se exige al sitio web.

Por su parte, la implementación de mecanismos de control y sanciones para asegurar el cumplimiento de la DDT tampoco son medidas suficientemente efectivas, pues no tienen una orientación preventiva. Se ha señalado que, si se pretende un efectivo cumplimiento de la DDT, estas previsiones requerirían la puesta a disposición de medios materiales, económicos y humanos, así como el fortalecimiento de la colaboración entre Inspecciones del Trabajo para la realización de actuaciones conjuntas⁹⁷⁶. En el caso de España, la creación de una unidad especializada en la Inspección del Trabajo, a efectos de coordinar las acciones realizadas por este organismo en relación con la movilidad transnacional data de octubre de 2020, si bien no se invirtieron nuevos recursos en su conformación⁹⁷⁷.

Sin perjuicio de estas problemáticas que podríamos calificar como «clásicas» y probablemente estructurales, estimamos que en la adopción de la Directiva de 2018 el legislador comunitario no aprovechó la oportunidad de acometer reformas significativas. Varias de las condiciones de trabajo establecidas en el núcleo duro se identifican con normas comunitarias en materia de prevención de riesgos laborales –periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales, salud, seguridad e higiene en el trabajo, así como medidas de protección de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y de niños y jóvenes– y, sin embargo, las disposiciones referidas al trabajo nocturno no quedan garantizadas expresamente por la DDT. Pese a su importancia como disposiciones limitativas de una modalidad de trabajo que resulta nociva para la salud si se realiza en periodos prolongados, una argumentación que las incluya como parte de la garantía a la seguridad y salud en el trabajo es de difícil encaje, pues la DDT menciona en forma individual a las otras condiciones que, al igual que el trabajo nocturno, se regulan en la Directiva 2003/88/CE.

⁹⁷⁶ MARTÍN HERNÁNDEZ, María: “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE...”, ob. cit., p 351.

⁹⁷⁷ Orden TES/967/2020, de 6 de octubre, por la que se crea la Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional, en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En su Disposición final primera, la Orden establece que “La creación y funcionamiento de la Unidad Especial, así como la dotación de su relación de puestos de trabajo, no supondrá aumento de gasto”.

Asimismo, debemos hacer presente que la efectividad de las modificaciones de la Directiva de 2018 todavía es cuestionable en lo que respecta al dumping social, toda vez que el intento de equiparación de remuneraciones no elimina las ventajas competitivas derivadas de las diferencias en los costes laborales y fiscales⁹⁷⁸. Por su parte, la modificación de la garantía a la remuneración –probablemente la reforma más importante de la Directiva de 2018– si bien tiende a la igualdad de trato entre personas trabajadoras desplazadas y aquellas que están integradas en el mercado de trabajo en el Estado de acogida, no es suficiente para eliminar todas las diferencias entre ellas. Como hemos señalado en epígrafes anteriores, la práctica ha demostrado que ni siquiera puede asegurarse una igualdad en términos cuantitativos.

Con respecto a las nuevas condiciones laborales incorporadas, debemos señalar que, en lo que se refiere a la garantía a las condiciones de alojamiento proporcionado por el empleador, no existen normas comunitarias que doten de contenido a la misma, por lo que nos permitimos dudar de su utilidad real, a menos que los Estados miembros legislen al respecto. Por su parte, la garantía del pago de los complementos y reembolsos conlleva el peligro de la movilidad geográfica de la persona trabajadora en el contexto de su desplazamiento, movilidad que a nuestro entender precariza la situación de los trabajadores y trabajadoras desplazadas, según hemos manifestado en epígrafes precedentes.

Para finalizar, pese a que las reformas y adiciones al núcleo duro de condiciones laborales de la DDT suponen una mejora de éste y clarifican algunos aspectos cuya interpretación provocaba dudas, la Directiva de 2018 no ha generado un impacto efectivo en las condiciones de trabajo de los desplazados más allá de la garantía a la remuneración. Habida consideración de la oposición enfrentada por la propuesta de modificación, incluso con posterioridad a la adopción de la Directiva, queda la sensación de la pérdida de una oportunidad única. Y probablemente, irrepetible.

⁹⁷⁸ CARTER, Daniel: “Equal pay for equal work...”, ob.cit., p. 64.

3. La aplicación extraterritorial de la legislación española y normas aplicables a las personas trabajadoras expatriadas a un destino extracomunitario.

Si desde una perspectiva jurídica las instituciones y legislaciones laborales tienen un carácter eminentemente territorial vinculado a la soberanía de los Estados, en un contexto en que éstos han dejado de ser el centro de la vida política y económica, su esfera de soberanía se erosiona progresivamente⁹⁷⁹. Con este declive, los Estados ven mermada su capacidad de intervenir, regular o sancionar a las empresas transnacionales, puesto que el poder y la riqueza acumulada por las principales empresas mundiales les otorga ventajas en todos los aspectos de sus relaciones laborales: tal como se ha señalado por la doctrina, estas empresas tienen la posibilidad de crear distintas personas jurídicas, soportar litigios eternos, obstaculizar la mayoría de las huelgas, sobrellevar los boicots de los consumidores, además de ejercer gran influencia sobre la mayoría de los Estados, los cuales, en su esfuerzo por atraerlas garantizan que las leyes laborales les parezcan aceptables⁹⁸⁰. Asimismo, la vulnerabilidad de las regulaciones estatales también favorece la elusión de la responsabilidad por parte de las multinacionales respecto de los daños extraterritoriales, esto es, daños cometidos en el extranjero por sociedades extranjeras jurídicamente autónomas de la matriz y cuyas víctimas se encuentran en el extranjero⁹⁸¹.

Teniendo en consideración que la expatriación de las personas trabajadoras puede suponer su movilidad al extranjero en el seno de la empresa o bien su circulación entre empresas de un grupo, el debilitamiento de los Estados y el consecuente aumento de poder de las empresas multinacionales son factores que les afectan

⁹⁷⁹ BOLOGNA, Silvio: "I diritti dei lavoratori nella globalizzazione. Che prezzo (se lo conosciamo) siamo disposti a pagare?" *Temilavoro.it - sinossi internet di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*. 2014, N.º 2, Vol.6, p. 5. Disponible en: <https://www.temilavoro.it/index.php/tml/article/view/71>. Fecha de última consulta: 02 de marzo de 2023.

⁹⁸⁰ ARTHURS, Harry: "Who is afraid of globalization? Reflections on the future of labor law", en CRAIG, John y LYNK, Michael (Editores): *Globalization and the future of labor law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 55.

⁹⁸¹ DAUGAREILH, Isabelle: "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica". *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 2009, N.º 27, Vol. 1, pp. 81-83.

directamente. Aunque en capítulos precedentes hemos sostenido que a la ejecución temporal del contrato de trabajo en un tercer Estado sí pueden aplicársele las normas legales y convencionales españolas, sobre la base de las normas de derecho internacional privado vigentes en España y dentro de los márgenes que permita el ordenamiento jurídico de éste, en ciertos supuestos el respeto a las condiciones laborales que la persona trabajadora venía disfrutando o que habían sido pactadas no está asegurado.

En nuestra opinión, la inaplicación de las condiciones laborales pactadas o «previas» en el transcurso de una expatriación extracomunitaria podría tener causas de hecho o jurídicas. La primera de las causas supondría el incumplimiento fáctico de las condiciones laborales establecidas según el ordenamiento español y, en ese sentido, la doctrina ha identificado circunstancias tales como la devaluación del salario, impagos o retrasos en su pago, ausencia de control horario o incumplimientos en materia de jornada de trabajo y tiempo de descanso, la existencia de normas nacionales contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres, entre otras⁹⁸². Por su parte, las causas jurídicas estarían relacionadas con la existencia de un proceso judicial en un Estado que no forme parte de la Unión Europea, frente al cual las normas del Estado del foro no reconozcan o no establezcan la aplicación de derecho extranjero, o bien, que se produzcan dificultades en la prueba del derecho español. En efecto, ha de tenerse en cuenta la inexistencia a nivel global de normas que determinen la competencia judicial internacional o la legislación aplicable a la movilidad internacional de personas trabajadoras, y menos aún, que establezcan las condiciones laborales de éstas.

En este escenario, cabe plantearse si existe un acervo de normas que resulten aplicables a las personas trabajadoras en la generalidad de los Estados, y, en caso afirmativo, su contenido y su eficacia. A partir de su identificación, sería posible determinar el nivel de protección que estas pueden otorgar a los trabajadores y trabajadoras sujetos de una medida de movilidad internacional a Estados que no

⁹⁸² QUINTERO LIMA, María Gema: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores fuera de la Unión Europea: Aspectos laborales sensibles”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (director): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, pp. 217-219.

pertenece a la Unión Europea y a los cuales no se les aplican las normas comunitarias de derecho internacional privado.

Aunque podría parecer que más allá de las fronteras de los Estados miembros y aquellos territorios en que rige el derecho de la Unión Europea existe una «nada jurídica»⁹⁸³, lo cierto es que algunas normas e instrumentos jurídicos sí tienen aptitud para producir efectos a nivel transnacional. Al respecto, la doctrina científica parece coincidir en la idea de que, en la actualidad, la falta de eficacia extraterritorial de las normas laborales nacionales podría encontrar contención principalmente a través de dos vías: las normas de derecho internacional público de carácter laboral y la autoregulación ética empresarial o responsabilidad social de las empresas⁹⁸⁴, la cual comprende la creación de reglas autónomas que pretenden regir en todos los espacios en que dichas empresas desarrollen actividades, proyectándose más allá de las fronteras nacionales⁹⁸⁵ y que surgieron como una forma de prevenir y atenuar los efectos adversos de eventuales daños a la reputación de las empresas.

Sobre la base de estos planteamientos, los próximos epígrafes pretenden analizar las normas que, a nuestro entender, tienen mayor relevancia, sea por su carácter fundamental o por su materia, y que establecen derechos y condiciones laborales que podrían ser aplicables a las personas trabajadoras expatriadas en territorio extracomunitario.

⁹⁸³ Es la expresión que plantea QUINTERO LIMA, María Gema: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores fuera de la Unión Europea...”, ob. cit., p. 209.

⁹⁸⁴ BLACKETT, Adelle: “Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción”. *Revista Internacional del Trabajo*. 2020, Vol. 139, N.º 4, pp. 499-500. En la doctrina española, entre otros, BAYLOS GRAU, Antonio: “Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco globales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 2009, N.º 1, p. 108; RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan: “El impacto de las cláusulas sociales de los Tratados de Libre Comercio y de los Acuerdos Marco Internacionales en la protección de los derechos laborales”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María: *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, p. 71; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*. Madrid: Cinca, 2015, p.17-18.

⁹⁸⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica...”, ob. cit., p. 17.

3.1. Las normas de Derecho internacional público.

3.1.1. Un núcleo de derechos humanos laborales: los principios y derechos fundamentales en el trabajo y los derechos de carácter laboral en los instrumentos de derechos humanos.

En la tarea de identificar las normas que resultan aplicables a las personas trabajadoras, la mención a los principios y derechos fundamentales reconocidos por la OIT es imprescindible. Como se verá, su declaración por la OIT y posterior adopción por la ONU sentó las bases para un cambio de paradigma respecto a su naturaleza jurídica, así como una evolución en sus mecanismos de protección.

En un contexto histórico en que la situación de interdependencia económica hacía patente la necesidad de reafirmar y promover la aplicación universal de los derechos inscritos en la Constitución de la OIT⁹⁸⁶, en el mes de junio de 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En virtud de esta Declaración, se reconocía como tales a (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Posteriormente, en el mes de junio de 2022, en atención al consenso sobre el carácter fundamental de la seguridad y salud en el trabajo tras la pandemia COVID-19⁹⁸⁷, la Conferencia enmendó esta Declaración para añadir un quinto principio: (e) un entorno de trabajo seguro y saludable⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022): “Considerando que en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal”.

⁹⁸⁷ Conferencia Internacional del Trabajo 110ª: *Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 6 de junio de 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf Fecha de última consulta: 1 de abril de 2023.

⁹⁸⁸ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento: “La Conferencia Internacional del Trabajo, [...] 2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de

Si bien la Declaración expresaba que todos los miembros de la OIT –en total, 187 Estados– tenían el compromiso de respetar, promover y hacer efectivos los principios y derechos fundamentales, la forma jurídica del instrumento utilizado suscitó diversas opiniones respecto a su carácter vinculante. Por una parte, se señalaba que, en el momento de su adopción, los Estados no deseaban establecer obligaciones adicionales que no hubieran ratificado previamente⁹⁸⁹ y, asimismo, se criticaba su orientación al *soft law*, puesto que este cambio implicaba un giro hacia unos principios generales, mucho más difíciles de implementar que los derechos establecidos en los Convenios de la OIT, cuya obligatoriedad no era puesta en duda⁹⁹⁰. Por el contrario, se sostenía que la Declaración de 1998 seguía la tradición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que, el adjetivo «fundamental» atribuido a estos derechos implicaba su perentoria aplicación con independencia de la situación nacional o de los obstáculos empíricos⁹⁹¹. En un sentido similar, se planteó que, en cuanto formaban parte de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia y, asimismo, resultaban indispensables para la consecución de los fines y objetivos de la OIT, estos principios sí generaban algún tipo de obligación jurídica para los Estados⁹⁹².

Pese a las controversias en torno a la Declaración, se ha sostenido que ésta logró su finalidad de promoción, a través del aumento de las ratificaciones de los

respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil;
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
- e) un entorno de trabajo seguro y saludable”.

⁹⁸⁹ LA HOVARY, Claire: *Les droits fondamentaux au travail* [edición electrónica]. Disponible en: <http://books.openedition.org/iheid/1007> Fecha de última consulta: 1 de abril de 2023.

⁹⁹⁰ HUGUES, Steve y HAWORTH, Nigel: *The International Labour Organization (ILO). Coming in from the cold*. Londres: Routledge, Global Institutions, 2011, p.54.

⁹⁹¹ DUPLESSIS, Isabelle: “La déclaration de l’OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ?”. *Relations industrielles / Industrial Relations*. 2004, N.º 1, Vol. 59, pp. 58-59.

⁹⁹² BONET PÉREZ, Jordi: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 53.

Convenios referidos a los principios y derechos fundamentales⁹⁹³, los cuales están desarrollados en 11 Convenios específicos de la OIT, denominados «Convenios fundamentales»⁹⁹⁴. Con excepción del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso y los Convenios relacionados con el derecho a un entorno seguro y saludable, cuya data es reciente, el Convenio con menor número de ratificaciones es el referido a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (157), si bien destaca por tres ausencias relevantes: China, Estados Unidos e India.

De todas maneras, el alto nivel de ratificación de estos Convenios no es indicativo de su eficacia, pues la OIT no tiene potestad para sancionar a los infractores de sus normas⁹⁹⁵. En efecto, los principales objetivos de esta Organización se cumplen *ex ante*, a través de la promoción de sus normas y la prevención de incumplimientos, acciones que también enfrentan obstáculos para su total realización, pues los mecanismos coercitivos más relevantes de la OIT se limitan a recomendar al resto de los miembros la adopción de medidas contra el Estado infractor o restringir su asistencia técnica en dicho Estado⁹⁹⁶. Por lo anterior, se ha afirmado que el cumplimiento de los Convenios de la OIT se verifica principalmente en el orden interno de los Estados, a través de la recepción de estas normas internacionales

⁹⁹³ DUPLESSIS, Isabelle: “La déclaration de l’OIT relative aux droits fondamentaux au travail...”, ob. cit., p. 64.

⁹⁹⁴ Estos convenios son:

- 1) Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), 157 ratificaciones;
- 2) Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), 168 ratificaciones;
- 3) Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), 180 ratificaciones;
- 4) Protocolo de 2014, relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 59 ratificaciones;
- 5) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), 178 ratificaciones;
- 6) Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), 175 ratificaciones;
- 7) Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), 187 ratificaciones (todos los miembros);
- 8) Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), 174 ratificaciones;
- 9) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), 175 ratificaciones;
- 10) Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), 76 ratificaciones;
- 11) Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187), 60 ratificaciones

El número de ratificaciones se ha contabilizado en el mes de abril de 2023.

⁹⁹⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho transnacional del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 139.

⁹⁹⁶ TORROJA MATEU, Helena: “La aplicación de las normas internacionales del trabajo”, en BONET PÉREZ, Jordi y OLESTI RAYO, Andreu (directores): *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 85-87.

en sus ordenamientos o mediante su aplicación por los órganos jurisdiccionales de dichos Estados⁹⁹⁷.

En atención a estas carencias, el hecho de que los principios y derechos fundamentales hayan trascendido la OIT y su sistema normativo ha tenido consecuencias desde la perspectiva de su aplicación y eficacia. Inicialmente incluidos como «principios laborales» en el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas («ONU») del año 2000, han pasado a formar parte de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos («Principios Rectores»), adoptados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Aunque los Principios Rectores también se consideran una norma de *soft law* desde la perspectiva del instrumento utilizado para su consagración –por argumentos similares a los que se entregan en el caso de la Declaración de la OIT⁹⁹⁸–, su reconocimiento como derechos humanos sí tiene consecuencias jurídicas.

En efecto, los Principios Rectores establecen obligaciones diferenciadas para los Estados y las empresas, pero que resultan complementarias: por una parte, los Estados deben proteger los derechos humanos vulnerados en su territorio y/o jurisdicción, enunciar claramente cómo se evidencia el respeto de éstos por las empresas domiciliadas en su territorio y establecer mecanismos de reparación⁹⁹⁹; por otra parte, las empresas deben respetar los derechos humanos, asumiendo un

⁹⁹⁷ TORROJA MATEU, Helena: “La aplicación de las normas internacionales...”, ob. cit., pp. 72-73.

⁹⁹⁸ Sin negar su carácter de norma derivada de *soft law*, MARTÍNEZ PINILLA, Iván: “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10.º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en MARQUEZ CARRASCO, Carmen (directora), CHIARA MARULLO, María, ARENAL LORA, Libia (coordinadoras): *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 136, sostiene que este tipo de normas experimentan un fenómeno de validación judicial, esto es, que comienzan a ingresar al ordenamiento como criterio interpretativo de las sentencias que posteriormente se consolidan como reglas y subreglas jurisprudenciales.

⁹⁹⁹ Principio 1 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: “Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”.

Principio Rector 25: “Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.

compromiso político en este sentido y estableciendo procesos de diligencia debida y de reparación de consecuencias negativas sobre los derechos humanos¹⁰⁰⁰.

En lo que se refiere al contenido de estos derechos humanos, el Principio Rector 12 establece que los derechos humanos internacionalmente reconocidos abarcan, al menos, los Principios de la OIT y los derechos –con contenido laboral– de la Carta internacional de Derechos Humanos¹⁰⁰¹, la que a su vez incluye a los derechos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰².

Ya que el contenido de los derechos de carácter laboral del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰³ abarca la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso [artículo 8], la libertad de asociación y el derecho a fundar sindicatos y afiliarse [artículo 22] y la prohibición de discriminación [artículo 26], su contenido no

¹⁰⁰⁰ Principio 11 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

¹⁰⁰¹ Principio 12 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. En el comentario a este principio, se señala que “La Carta Internacional de Derechos Humanos contiene una lista oficial de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos (que incluye en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), a la que vienen a sumarse los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.

¹⁰⁰² En cuanto este Principio no descarta la adición de más instrumentos, CANESSA MONTEJO, Miguel: “El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, N.º 68, p. 292, incluye como contenido del Principio a otros tratados a nivel regional, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional de San Salvador (1988), el Estatuto del Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), la Carta Social Europea revisada (1996) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), así como diversos tratados que protegen a colectivos especialmente vulnerables. Al respecto, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “El modelo normativo del nuevo Derecho Transnacional del Trabajo”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (Coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 26-27, cit. 24, sostiene que, si bien esta visión contrasta con la lógica selectiva de la Declaración de la OIT de 1998, es coherente con los Principios Rectores de la ONU.

¹⁰⁰³ Hasta febrero de 2023 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado por 173 países, entre los que se incluye Estados Unidos. Por el contrario, entre los países que no lo han ratificado, se destacan Arabia Saudita, China y Oman. Información disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> Fecha de última consulta: 4 de abril de 2023

difiere sustancialmente de los principios de la OIT. Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰⁴ va más allá: además de reconocer el derecho de las personas a ganarse la vida en un trabajo libremente escogido y la obligación de los Estados de adoptar medidas para promover la formación y la ocupación plena [artículo 6]¹⁰⁰⁵, identifica como derechos humanos el derecho de huelga [artículo 8, letra d)]¹⁰⁰⁶, el derecho de toda persona a la seguridad social [artículo 9]¹⁰⁰⁷ y el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias referidas a: (i) una remuneración que proporcione un salario equitativo y condiciones de existencia dignas para las personas trabajadoras y sus familias; (ii) la seguridad e higiene en el trabajo, (iii) iguales oportunidades de promoción, y; (iv) el derecho al descanso, el disfrute del tiempo

¹⁰⁰⁴ En febrero de 2023, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contaba con 171 ratificaciones, incluyendo a China. No ha sido ratificado por Estados Unidos y Arabia Saudita.

¹⁰⁰⁵ Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

¹⁰⁰⁶ Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.

¹⁰⁰⁷ Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos [artículo 7]¹⁰⁰⁸.

La asunción formal de los principios de la OIT como derechos humanos, a través de su reconocimiento en los Principios Rectores de la ONU, se ha entendido como un encuentro entre dos sistemas que hasta entonces habían recorrido caminos paralelos¹⁰⁰⁹ y que deriva en la consolidación de unos «derechos humanos laborales», esto es, derechos en materia laboral establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen como titular a la persona natural, con independencia de su nacionalidad¹⁰¹⁰. En la teoría, esta confluencia tiene como resultado que –sin perjuicio de la eventual aplicación de las normas e instrumentos internacionales, al ser invocadas por los órganos jurisdiccionales internos– los mecanismos de control establecidos por la OIT ya no son las únicas herramientas formales para la protección de sus Convenios, pues a partir de su integración, los principios y derechos fundamentales también podrían ser tutelados a través de los sistemas de derechos humanos, los cuales sí generan obligaciones internacionales para los Estados¹⁰¹¹. En efecto, los sistemas europeo, americano y africano cuentan con órganos jurisdiccionales para garantizar la protección de los derechos humanos que aquellos reconocen, los cuales pueden atribuir

¹⁰⁰⁸ Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

¹⁰⁰⁹ BELLACE, Janice y TER HAAR, Beryl: “Perspectives on labour and human rights”, en BELLACE, Janice y TER HAAR, Beryl (editoras): *Research handbook on Labour, Business and Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 2.

¹⁰¹⁰ CANESSA MONTEJO, Miguel: “El redimensionamiento del derecho...”, ob. cit., p. 288.

¹⁰¹¹ CANESSA MONTEJO, Miguel: “El redimensionamiento del derecho...”, ob. cit., pp. 288-290.

responsabilidad internacional a los Estados e imponer la indemnización de los perjuicios a las personas cuyos derechos humanos han sido vulnerados¹⁰¹².

Por lo señalado, es posible sostener que existe un núcleo de derechos humanos laborales establecidos en instrumentos de derechos humanos y Convenios fundamentales de la OIT, con un alto nivel de ratificación a nivel global y, desde una perspectiva iusnaturalista, derechos universales. Este núcleo de derechos incluye (i) la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso; (ii) la prohibición del trabajo infantil; (iii) la libertad de asociación y el derecho a fundar sindicatos y afiliarse; (iv) el derecho a la negociación colectiva; (v) el derecho de huelga; (vi) la prohibición de la discriminación en materia de empleo, ocupación y promoción; (vii) el derecho a la seguridad social; (viii) un salario equitativo que proporcione condiciones dignas de existencia a la persona trabajadora y su familia; (ix) derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, y; (x) derecho al descanso.

Todos estos son derechos humanos que sin duda ostentan los trabajadores y trabajadoras expatriadas desde España, pero que, a nuestro entender, tendrán escasa utilidad para éstos. No solo por las críticas al carácter de norma de *soft law* de los Principios Rectores, que cuestionan su carácter vinculante, sino porque la técnica legislativa utilizada en los tratados internacionales que los consagran tiene como consecuencia que su contenido solo proporcione un nivel mínimo de protección.

De este modo, los derechos humanos laborales suponen una tutela inferior en comparación con los derechos subjetivos establecidos por la legislación española en las mismas materias, cuyos estándares han sido fortalecidos por las normas del derecho de la Unión Europea. A *contrario sensu*, cuando se trata de trabajadores y trabajadoras que prestan sus servicios ordinariamente en países con bajos estándares laborales, los derechos humanos laborales sí pueden ser un

¹⁰¹² A modo de ejemplo, el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José): “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

En el mismo sentido, el artículo 30 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: “Los Estados Partes del presente Protocolo se comprometen a cumplir la sentencia en cualquier caso en que sean partes dentro del tiempo estipulado por la Corte y a garantizar su ejecución”.

instrumento importante para la mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras en su conjunto.

Por lo tanto, en el supuesto de que tengan la posibilidad de acudir a las normas del derecho de la Unión Europea en materia de designación del foro y, consecuentemente, a las reglas de determinación de legislación aplicable, es poco probable que las personas trabajadoras expatriadas desde España opten por demandar el reconocimiento de sus derechos humanos laborales ante los órganos jurisdiccionales del Estado de destino. Y aún en tal caso, la demanda para obtener su reconocimiento solo tendría sentido si los tribunales de dicho Estado determinasen que la legislación española no es aplicable a la relación laboral y que sus normas laborales internas otorgasen un grado de protección inferior a los derechos humanos laborales. Además, ha de tenerse en consideración que el acceso a los tribunales internacionales requiere el agotamiento de los recursos internos¹⁰¹³, lo que supone una inversión en términos económicos y de tiempo que entendemos difícil de asumir por las personas trabajadoras expatriadas.

En suma, desde un punto de vista práctico, por mucho que los derechos humanos laborales constituyan una garantía en el país de expatriación cuyas normas puedan invocarse ante sus tribunales, en cuanto las personas trabajadoras expatriadas mantengan vínculos que puedan justificar un punto de conexión con España y puedan acudir a un foro en que se reconozcan estas reglas, será más conveniente para éstas, ya que lograrán el reconocimiento de sus derechos –subjetivos– de acuerdo con los estándares previos a su expatriación.

¹⁰¹³ Es una regla consuetudinaria, que puede ejemplificarse a través del artículo 46.1 a) de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Asimismo, el artículo 35.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

Por su parte, el artículo 50 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece una excepción a esta regla, al disponer que “La Comisión solamente puede ocuparse de un asunto que se le haya remitido tras asegurarse de que se han agotado todos los recursos locales, en caso de que existan, a no ser que sea obvio para la Comisión que el proceso de agotamiento de esos recursos sería demasiado largo”.

3.1.2. El derecho a la igualdad de trato de la persona trabajadora migrante en los tratados internacionales.

Salvo la gente de mar –colectivo para el cual se establecen normas internacionales especiales¹⁰¹⁴–, la única figura reconocida en el ámbito extracomunitario que puede relacionarse con la movilidad internacional de personas trabajadoras es la persona trabajadora migrante en los términos que las propias normas les definen. En ese sentido, y sin perjuicio de que, en principio, les son aplicables las demás normas de la OIT, su consideración como un colectivo vulnerable ha incidido en la elaboración de normas que les protegen concretamente¹⁰¹⁵.

Tanto el Convenio núm. 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado) como el Convenio núm. 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), caracterizan al «trabajador migrante» como toda persona que emigra –o ha emigrado, agrega el Convenio núm. 143– de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta. Mientras el artículo 11 del Convenio núm. 97 excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores fronterizos, la gente de mar y la entrada por un corto período de artistas y personas que ejerzan una profesión liberal¹⁰¹⁶; el artículo 11 del Convenio núm. 143 amplía el ámbito de exclusión a las personas que hayan entrado al país con fines de formación o educación y a las personas trabajadoras de

¹⁰¹⁴ En el ámbito de la OIT, véase el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, el cual revisa y refunde 37 Convenios referidos al trabajo en el sector marítimo.

¹⁰¹⁵ GIL Y GIL, José: “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coordinador): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: Editorial La Ley, 2010 [edición electrónica].

¹⁰¹⁶ Artículo 11 del Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes (revisado) de la OIT: “1. A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.

2. El presente Convenio no se aplica:

(a) a los trabajadores fronterizos;
(b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
(c) a la gente de mar”.

organizaciones admitidas temporalmente en un país para cumplir funciones específicas¹⁰¹⁷⁻¹⁰¹⁸.

Se ha señalado que el objetivo principal de estos instrumentos es la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de oportunidades¹⁰¹⁹, y en ese sentido, mientras el Convenio núm. 97 establece el principio de igualdad de trato en las condiciones de empleo, el Convenio núm. 143 aborda este principio desde la perspectiva del acceso al empleo¹⁰²⁰. Entre sus características relevantes, es posible señalar que las disposiciones de estos instrumentos no dependen de la reciprocidad –es decir, se aplican independientemente de que el país de origen de la persona trabajadora haya ratificado el Convenio– y se aplican asimismo a las personas refugiadas y personas desplazadas, en cuanto su trabajo en el país de acogida se encuadre dentro del concepto de trabajador migrante¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ Artículo 11 del Convenio núm. 143 sobre trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de la OIT: “1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.

2. La presente parte del Convenio no se aplicará a:

(a) los trabajadores fronterizos;

(b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;

(c) la gente de mar;

(d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;

(e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”.

¹⁰¹⁸ Cabe señalar que el Convenio núm. 97 se acompaña de la Recomendación núm. 86 sobre los trabajadores migrantes (revisada) de 1949 y por su parte, el Convenio núm. 143 se relaciona con la Recomendación núm. 151 sobre los trabajadores migrantes, de 1975, a las que no se hace referencia en el texto por exceder el objetivo del estudio.

Mientras la Recomendación núm. 86 establece que los miembros deberían tener por norma el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo, entregando sugerencias de aplicación del Convenio núm. 97, la Recomendación núm. 151 se destina a completar y desarrollar en relación a los trabajadores migrantes, el principio de igualdad de trato y oportunidades, la protección a la salud y el reconocimiento de los derechos laborales nacidos durante la prestación de servicios, entre otros (ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; ROJAS RIVERO, Pilar y MOLINA GARCÍA, Mónica: “La acción normativa de la OIT en relación con los trabajadores migrantes”, en RAMOS QUINTANA, Margarita: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 161-166).

¹⁰¹⁹ GIL Y GIL, José: “Los trabajadores migrantes...”, ob. cit.

¹⁰²⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; ROJAS RIVERO, Pilar y MOLINA GARCÍA, Mónica: “La acción normativa de la OIT en relación con los trabajadores migrantes”, en RAMOS QUINTANA, Margarita: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 159.

¹⁰²¹ GIL Y GIL, José: “Los trabajadores migrantes...”, ob. cit.

Un tercer instrumento que se refiere concretamente a las personas trabajadoras migrantes es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esta Convención protege los derechos de las personas trabajadoras migrantes, incluso si se encuentran en situación irregular¹⁰²², siendo su objetivo principal la lucha contra la explotación y las violaciones de los derechos humanos de estos trabajadores, abarcando todos los aspectos y etapas del proceso de emigración¹⁰²³. La Convención internacional define al «trabajador migratorio» como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”¹⁰²⁴ e incluye en su ámbito de aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia, fronterizas, de temporada, itinerantes, vinculadas a

¹⁰²² USHAKOVA, Tatsiana: “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”. *Relaciones Laborales*. 2011, N.º 22 [edición electrónica].

¹⁰²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; ROJAS RIVERO, Pilar y MOLINA GARCÍA, Mónica: “La acción normativa de la OIT...”, ob. cit., p. 171.

¹⁰²⁴ Artículo 2 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: “A los efectos de la presente Convención:

1. Se entenderá por "trabajador migratorio" toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.
2. a) Se entenderá por "trabajador fronterizo" todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;
- b) Se entenderá por "trabajador de temporada" todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;
- c) Se entenderá por "marino", término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;
- d) Se entenderá por "trabajador en una estructura marina" todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;
- e) Se entenderá por "trabajador itinerante" todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;
- f) Se entenderá por "trabajador vinculado a un proyecto" todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;
- g) Se entenderá por "trabajador con empleo concreto" todo trabajador migratorio:
 - i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;
 - ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o
 - iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia;
- h) Se entenderá por "trabajador por cuenta propia" todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales”.

un proyecto, personas trabajadoras con empleo concreto e incluso a las y los marinos y personas trabajadoras de estructuras marinas.

En el aspecto que interesa a este análisis, la Convención internacional reconoce a la persona trabajadora migratoria, se encuentre o no en situación regular, el derecho a gozar de un trato no menos favorable al que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo relacionado a la remuneración, las condiciones de trabajo y empleo (artículo 25)¹⁰²⁵. En el caso de las personas trabajadoras migratorias en situación regular, el artículo 54 de esta norma establece el derecho de igualdad de trato en relación con la protección contra los despidos, prestaciones de desempleo, acceso a programas destinados a combatir el desempleo y el acceso a un nuevo empleo (con ciertas limitaciones)¹⁰²⁶. Respecto a estos derechos, se ha estimado que la Convención internacional expresa de forma más amplia el principio de igualdad de trato entre las personas trabajadoras migrantes y los nacionales del

¹⁰²⁵ Artículo 25 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: "1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;

b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades".

¹⁰²⁶ Artículo 54 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: "1. Sin perjuicio de las condiciones de su autorización de residencia o de su permiso de trabajo ni de los derechos previstos en los artículos 25 y 27 de la presente Convención, los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

a) La protección contra los despidos;

b) Las prestaciones de desempleo;

c) El acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo;

d) El acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 52 de la presente Convención.

2. Si un trabajador migratorio alega que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tendrá derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención".

Estado de empleo ante los tribunales, en comparación con los instrumentos de la OIT¹⁰²⁷.

En lo que se refiere a estos instrumentos internacionales, se ha sostenido que la persona trabajadora sujeto de una medida de movilidad extracomunitaria sólo tendrá garantizada la igualdad de trato en la medida que estos instrumentos hayan sido ratificados por el Estado al cual la persona se moviliza¹⁰²⁸. Sin embargo, la efectividad de los derechos proclamados por estos textos se ve limitada por su bajo nivel de ratificación y –especialmente en el caso de la Convención internacional– por la reticencia de los Estados receptores de migración a ratificarlos¹⁰²⁹. En ese sentido, por las mismas razones señaladas en el epígrafe anterior, la posibilidad de ejercicio de este derecho por las personas trabajadoras expatriadas a un destino extracomunitario es remota, pues, además de requerir el inicio de un procedimiento judicial en el Estado de acogida y la determinación de sus normas como legislación aplicable, únicamente sería útil si las normas laborales de dicho Estado dispusieran estándares superiores a los establecidos por la legislación española.

3.2. Los acuerdos marco internacionales como instrumentos para regular las relaciones laborales transnacionales del futuro.

De acuerdo con la doctrina científica, una segunda vía de respuesta a la ineficacia transnacional de las normas estatales está constituida por la responsabilidad social corporativa o empresarial («RSE») en su dimensión transnacional. Sea por ética empresarial, sea por la necesidad de establecer ciertos estándares reclamados por el cliente final para asegurar su cuota mercado¹⁰³⁰, las últimas décadas han visto proliferar este fenómeno en que se entrecruzan exigencias medioambientales, laborales y sociales desde una perspectiva ética occidental y cuyas beneficiarias

¹⁰²⁷ GIL Y GIL, José: “Los trabajadores migrantes...”, ob. cit.

¹⁰²⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 160.

¹⁰²⁹ USHAKOVA, Tatsiana: “Los grandes retos de la migración...”, ob. cit.

¹⁰³⁰ SOLER ARREBOLA, José A.: “Los Acuerdos Marco Internacionales suscritos por las empresas españolas: encuadramiento y caracterización general”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, p. 161.

serían las personas ciudadanas y trabajadoras de países con regulaciones laxas¹⁰³¹.

Aunque las soluciones de la RSE transnacional están ideadas principalmente para las personas trabajadoras que forman parte de las cadenas globales de valor, entendemos que sus instrumentos también pueden aplicarse a las personas trabajadoras expatriadas que presten servicios temporalmente en las empresas a las que se aplican dichos instrumentos, esto es, las filiales de las empresas multinacionales que los suscriben. Lo anterior, sin perjuicio de la real aptitud de estos mecanismos para protegerles adecuadamente o de la posibilidad de que las personas trabajadoras expatriadas puedan invocar otras normas jurídicas.

Del conjunto de instrumentos surgidos para regular las actividades de las empresas multinacionales en una dimensión transnacional¹⁰³², destacan los códigos de conducta para proveedores y contratistas de las empresas multinacionales y los acuerdos marco internacionales o globales, los cuales recibirán uno u otro adjetivo dependiendo del alcance territorial que las empresas pretendan otorgarles. Ambos establecen estándares laborales para las personas que prestan servicios a las destinatarias de estos instrumentos, esto es, las filiales y empresas de las cadenas de producción. Asimismo, respecto a estos mecanismos, se ha destacado tanto su aptitud para cumplir una función reguladora como su extendida utilización¹⁰³³.

A diferencia de los códigos de conducta para directivos y personas trabajadoras de las empresas multinacionales –que pretenden establecer estándares, valores o principios éticos que orienten la actuación corporativa de sus destinatarios en sus

¹⁰³¹ OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho transnacional del trabajo*, ob. cit., pp. 357-358.

¹⁰³² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit., identifica seis instrumentos, cuyos contornos aún no están completamente delimitados: (i) las normas o protocolos de empresa y cláusulas convencionales que regulan la movilidad internacional, con la finalidad de establecer reglas uniformes que disciplinen los desplazamientos de las personas trabajadoras; (ii) las redes sindicales y sistemas de interlocución de ámbito transnacional, a efectos de construir fórmulas transversales de interlocución con representantes de personas trabajadoras en las distintas unidades de la empresa; (iii) códigos de conducta de comportamiento ético y profesional para directivos y personas trabajadoras; (iv) códigos de conducta para proveedores y contratistas, (v) sistemas de verificación del desempeño laboral de proveedores y contratistas, y; (vi) acuerdos marco internacionales.

¹⁰³³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 45.

relaciones internas y externas– los códigos de conducta para proveedores, contratistas y filiales, contienen un compromiso de las empresas multinacionales relativo a promover o garantizar el respeto o cumplimiento de unos estándares laborales mínimos por parte de las empresas que integran sus cadenas de producción¹⁰³⁴. Su intensidad reguladora abarca desde cláusulas recominatorias, medidas de acción positiva y, en el caso de aquellos que tienen mayor fuerza vinculante, la imposición de requisitos a sus destinatarios, a efectos de establecer o mantener la relación mercantil¹⁰³⁵.

Más allá de las dudas sobre las verdaderas intenciones tras su adopción y la acertada crítica referida a que las empresas multinacionales puedan concederse la libertad de elegir los derechos que se respetarán o aplicarán en su ámbito de acción y control¹⁰³⁶, el hecho de que estos instrumentos actualmente se caractericen por ser reglas impuestas unilateralmente por las empresas o grupo de empresas multinacional implica el peligro de que estos códigos se utilicen para neutralizar la demanda de negociaciones con representantes de trabajadores y que deriven en una especie de «feudalismo industrial»¹⁰³⁷. Su carácter unilateral también impide el control de su cumplimiento por sujetos diferentes a la empresa, tales como sindicatos o personas trabajadoras afectadas¹⁰³⁸, sin perjuicio de que estos códigos puedan evolucionar a un acuerdo marco –tras la negociación de su contenido– que pueda establecer mecanismos de control y de que una futura Directiva comunitaria obligue a las empresas multinacionales a establecer procesos para verificar su cumplimiento¹⁰³⁹.

¹⁰³⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

¹⁰³⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Teoría del Derecho Transnacional...*, ob. cit., pp. 46-47.

¹⁰³⁶ DAUGAREILH, Isabelle: “Responsabilidad social de las empresas transnacionales...”, ob. cit., pp. 92-93.

¹⁰³⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, p. 205.

¹⁰³⁸ BAYLOS GRAU, Antonio: “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”. *Lan Harremanak*. 2005, N.º 12, p. 110.

¹⁰³⁹ Nos referimos al artículo 5.1 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad [COM(2022) 71 final], el cual establece: “Los Estados miembros velarán por que las

Por el momento, el único instrumento entre este grupo de mecanismos de autorregulación que se caracteriza por su origen bilateral y consensuado es el acuerdo marco internacional o global (en adelante, «AMI»), definido por la doctrina como un instrumento negociado entre las empresas multinacionales y sindicatos mundiales, cuya finalidad es establecer estándares mínimos de condiciones laborales que las partes signatarias se comprometen a respetar no solo en sus filiales, sino también a hacerlos cumplir en las empresas subcontratistas o proveedoras¹⁰⁴⁰. Con un origen eminentemente europeo, al ser resultado de experiencias negociadoras efectuadas principalmente por empresas multinacionales europeas¹⁰⁴¹, los AMI son, a nuestro entender, una alternativa con mayores capacidades regulatorias que los códigos de conducta: por una parte, están dotados de mayor legitimidad que los códigos de conducta, al tratarse de instrumentos negociados con organizaciones sindicales que, dentro de lo posible, resultan representativas¹⁰⁴², y; por otra, su obligatoriedad descansa en la aptitud de las empresas multinacionales para ejercer un control sobre las acciones de los demás sujetos que intervienen en sus cadenas de producción y/o suministro¹⁰⁴³, a través de un eficaz mecanismo de coacción, consistente en la posibilidad del cese de sus vínculos contractuales como sanción frente a los incumplimientos del acuerdo.

empresas integren la diligencia debida en todas sus políticas y por que implanten una política de diligencia debida. La política de diligencia debida constará de todos los elementos siguientes:

- a) una descripción del enfoque aplicado por la empresa —incluso a largo plazo— a la diligencia debida;
- b) un código de conducta en el que se describan las normas y principios a los que deben ajustarse los empleados y las filiales de la empresa;
- c) una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas”.

¹⁰⁴⁰ SOLER ARREBOLA, José A.: “Los Acuerdos Marco Internacionales suscritos por las empresas españolas...”, ob. cit., p. 163.

¹⁰⁴¹ CORREA CARRASCO, Manuel: “La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza mundial del trabajo del futuro”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 437-438, p. 82.

¹⁰⁴² De acuerdo con CORREA CARRASCO, Manuel: “La negociación colectiva transnacional...”, ob. cit., pp. 80-81, la constitución de comités de empresa europeos ha supuesto una vía para generar instancias de representación global en el seno de las empresas multinacionales, que forma parte de la previsible evolución hacia una negociación colectiva transnacional sectorial.

¹⁰⁴³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “El modelo normativo del nuevo Derecho Transnacional...”, ob. cit., pp. 28-29.

Sin embargo, en su estadio actual estos instrumentos pretenden un tipo de protección que no es lo suficientemente eficaz para reivindicar los derechos de las personas trabajadoras expatriadas desde España prestando servicios en filiales establecidas en Estados extracomunitarios. Si bien estos instrumentos pueden salvar los obstáculos referidos a la territorialidad de las normas y la soberanía de los Estados de destino, tal como ha señalado la doctrina científica, su ámbito regulatorio está referido principalmente al respeto de los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, así como a establecer previsiones encuadradas en la noción de trabajo decente promovido por la OIT¹⁰⁴⁴, de manera que existe una remisión a normas de derecho internacional público que muy probablemente estén ratificadas por el Estado de destino, que en nuestra opinión supone una referencia circular. En algunos casos, contienen cláusulas de retribución mínima, jornada máxima y seguridad y salud laboral que respeten las normas estatales y colectivas del país de establecimiento de las empresas contratistas y proveedoras¹⁰⁴⁵⁻¹⁰⁴⁶, pero, a nuestro entender, no

¹⁰⁴⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

¹⁰⁴⁵ BAYLOS GRAU, Antonio: “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, ob. cit., pp. 114-115.

¹⁰⁴⁶ A modo de ejemplo, el AMI de Ferrovial (2012) contiene los siguientes compromisos: (i) respeto a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; (ii) el empleo es elegido libremente; (iii) no discriminación en el empleo; (iv) protección de las personas trabajadoras migrantes; (v) no se utiliza trabajo infantil; (vi) se pagan salarios suficientes para vivir; (vii) las horas de trabajo no son excesivas; (viii) salud y seguridad de las personas trabajadoras; (ix) bienestar de las personas trabajadoras; (x) formación especializada, y; (xi) respeto a las normas laborales y de seguridad social y promoción y estímulo de ese reconocimiento y respeto entre contratistas, subcontratistas y proveedores. Disponible en:

https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/transnational_agreements/ferrovialGFA_ES.pdf

En términos generales, el AMI del Grupo Siemens Gamesa (2017) se compromete al respeto de los derechos fundamentales establecidos en los principales convenios de derechos humanos, así como de los principios de la OIT, al diálogo social, refiere como prioridad la seguridad y salud ocupacional según las regulaciones de cada país y, en el marco de un ambiente de trabajo sostenible, establece que “los salarios deben permitir a los trabajadores disfrutar de condiciones de vida decentes” y “la promoción de medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar”. Disponible en: https://www.siemensgamesa.com/es-es/-/media/siemensgamesa/downloads/en/sustainability/global_framework_agreement.pdf?ste_sid=bfd4653ccb4b46379fb19e4fccb164

Por su parte, en el AMI de Mango (2018), las partes acuerdan que las normas de necesario respeto para la garantía de un trabajo decente son la legislación laboral y normas convencionales de cada uno de los países en que se encuentran los centros de trabajo de la cadena de suministros, las disposiciones legales y convencionales de España y los acuerdos del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, todos los Convenios, Normativas y Reglamentos de la OIT, la declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño, los Principios Rectores de las Naciones Unidas para las empresas y los Derechos Humanos, la Declaración tripartita de los Principios de la OIT, entre otros.

Asimismo, en el contenido laboral del AMI de Inditex (2019), ésta se obliga a garantizar las siguientes normas, contenidas en el código de conducta de fabricantes y proveedores: (i) la prohibición de trabajo forzado (ii) prohibición de trabajo infantil; (iii) prohibición de discriminación; (iv) respeto a la libertad de asociación y negociación colectiva; (v) prohibición de abuso o trato inhumano; (vi) seguridad e higiene en el trabajo; (vii) pago del salario; (viii) horas de trabajo no excesivas, y; (ix) trabajo regular. Disponible en: <https://www.industrial->

suponen una mejora en las condiciones de las personas que prestan servicios a las cadenas de producción, sino que son la mera afirmación de cumplimiento de unas normas a las que dichas empresas ya vienen obligadas por la legislación de los países en que se establecen.

A lo anterior, se suma la cuestión de la exigibilidad jurídica de estos acuerdos, pues, desde una perspectiva jurídica, la empresa o grupo multinacional carece de facultades legales para vincular a sus filiales o a sus contratistas y proveedores con una personalidad jurídica diversa y que se encuentran establecidos en otros Estados¹⁰⁴⁷. Asimismo, aunque la doctrina pueda proponer soluciones para justificar la competencia judicial española y la aptitud obligacional de los acuerdos marco internacionales¹⁰⁴⁸, o bien las partes que suscriben estos acuerdos puedan incorporar cláusulas que permitan judicializar su cumplimiento, estableciendo, por ejemplo, la sumisión a los tribunales de un determinado Estado¹⁰⁴⁹, lo cierto es que, en el estado actual de las cosas, la mayoría de estos acuerdos no prevé que las personas trabajadoras estén legitimadas a título individual para denunciar sus incumplimientos.

Tanto por su contenido –las condiciones laborales mínimas reconocidas por estos instrumentos– como por las dificultades que supone exigir su cumplimiento a título individual, la utilidad de los AMI para las personas trabajadoras expatriadas es, a efectos de nuestro supuesto de estudio, aún más limitada que las normas de derecho internacional público. Si las principales beneficiarias de estos acuerdos son las personas que prestan servicios en países con importantes carencias

union.org/sites/default/files/uploads/documents/2019/SWITZERLAND/INDITEX/espanol_-_industrial_inditex_acuerdo_marco_global.pdf

¹⁰⁴⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit.

¹⁰⁴⁸ BAYLOS GRAU, Antonio: “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, ob. cit., sostiene que, en virtud de lo establecido por el artículo 25 LOPJ, podrían entablarse demandas contra transnacionales domiciliadas en España respecto de códigos de conducta adoptados unilateralmente por dichas empresas y respecto de los acuerdos marco firmados y celebrados en territorio español. Por su parte, OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho transnacional del trabajo*, ob. cit., p. 371, sugiere que la exigibilidad de estos instrumentos podría alcanzarse a través del principio de buena fe contractual y el valor de las promesas unilaterales.

¹⁰⁴⁹ BAZ TEJEDOR, José A.: “La ética de las empresas transnacionales y su proyección jurídico-laboral”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, p. 57.

regulatorias, es lógico que no satisfagan las pretensiones de las personas trabajadoras expatriadas desde un Estado de la Unión Europea respecto a las condiciones laborales garantizadas, pues estas últimas aspiran al reconocimiento de unos estándares laborales que superan las condiciones mínimas establecidas por los tratados internacionales.

Dada su eficacia coactiva y social –en cuanto incluyen pactos referidos a mecanismos de información y consulta, reuniones periódicas, cauces de denuncia interna y sistemas de verificación de su cumplimiento¹⁰⁵⁰–entendemos que los AMI, como manifestación de la negociación colectiva transnacional, podrían ser una de las soluciones al problema que subyace a la expatriación extracomunitaria: la falta de aptitud de las normas laborales estatales y comunitarias para ser acatadas fuera de sus fronteras. Ciertamente, las características que actualmente señalamos como debilidades de los AMI, a efectos de regular y garantizar las condiciones laborales de las personas trabajadoras expatriadas a un destino extracomunitario, son obstáculos que pueden franquearse perfectamente a medida que su difusión y evolución derive en la inclusión de nuevos contenidos y un reforzamiento de su fuerza vinculante.

Desde una perspectiva sociológica, se plantea que el fortalecimiento de las coaliciones sindicales, y por ende, de su poder negociador, depende del reconocimiento de su valor intrínseco por todos sus miembros y que este proceso podría verse favorecido por factores tales como las innovaciones tecnológicas y redes sociales para reducir asimetrías de información, costos de las relaciones internacionales de los sindicatos y la promoción de campañas de solidaridad, e incluso el menor crecimiento demográfico, que pueda generar una escasez relativa del trabajo¹⁰⁵¹. Y en ese sentido, el aumento de poder negociador incidiría en el establecimiento de disposiciones más específicas y favorables a los intereses

¹⁰⁵⁰ BAZ TEJEDOR, José A.: “La ética de las empresas transnacionales y su proyección...”, ob. cit., pp. 54-55.

¹⁰⁵¹ LUTERBACHER, Urs; PROSSER, Andrew; PAPADAKIS, Konstantinos: “Nuevas perspectivas en el ámbito de las relaciones laborales transnacionales”. *Revista Internacional del Trabajo*. 2017, Vol. 136, N.º 3-4, pp. 342-343.

sindicales, así como mayores concesiones por parte de las empresas multinacionales¹⁰⁵².

Por otra parte, como ha sostenido la doctrina, hasta ahora la falta de legitimación negociadora por ausencia de implantación de las federaciones sindicales en territorios en que se aplica un AMI se ha solventado mediante la adhesión expresa a éste por las empresas que forman parte de las cadenas de producción¹⁰⁵³. Pero en un futuro, el fortalecimiento de las redes sindicales, al menos a nivel regional, o incluso la propia autorregulación de éstas respecto a su capacidad negociadora, podrían colmar las lagunas de representatividad de los acuerdos en este aspecto. Y quizás la creación de normas jurídicas a nivel internacional¹⁰⁵⁴ no es la respuesta a esta cuestión, o por lo menos no la única: si el Derecho tradicional se ha mostrado incapaz de resolver las problemáticas asociadas a la globalización, es posible que las nuevas «normas» que sí resultan eficaces en este nuevo contexto histórico proporcionen soluciones adecuadas a la pérdida de poder estatal en la gobernanza de las relaciones laborales.

De todos modos, en lo que se refiere a la eficacia jurídica de los AMI, entendemos que su evolución ha supuesto avances para su consecución, pues los acuerdos más recientes en el tiempo plantean diversas alternativas para su cumplimiento, tales como la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁰⁵⁵ o

¹⁰⁵² LUTERBACHER, Urs; PROSSER, Andrew; PAPADAKIS, Konstantinos: “Nuevas perspectivas...”, ob. cit., p. 347

¹⁰⁵³ ROJAS RIVERO, Gloria: “El sindicalismo global frente a las multinacionales: problemas de regulación, legitimidad y negociación”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, p. 64.

¹⁰⁵⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto”, ob. cit., sostiene que los sindicatos mundiales de rama carecen de poderes explícitos para negociar este tipo de pactos en nombre de las organizaciones que los componen o las personas trabajadoras representadas por estas organizaciones. Advierte, además, que no existen normas jurídicas internas o internacionales que les atribuyan tal legitimación.

¹⁰⁵⁵ Artículo 19 AMI de Engie (GDF Suez): “100. En el supuesto de que un empleado o cualquier otra persona afectada sostenga que no se está respetando el presente Acuerdo, se aplicará el siguiente procedimiento: [...] En caso de no resolución, los firmantes podrán nombrar conjuntamente un mediador para facilitar la resolución del conflicto.

- Como último recurso, los firmantes podrán recurrir a la jurisdicción competente en la circunscripción de la sede social de ENGIE, independientemente del lugar de ejecución del Acuerdo o de la intervención de una tercera parte”.

el sometimiento a una determinada legislación¹⁰⁵⁶, con la legitimación a las personas afectadas para demandar su cumplimiento. A nivel global, también resulta interesante la propuesta de creación de un tribunal arbitral laboral especializado bajo la administración y asistencia de la OIT, a la usanza del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio¹⁰⁵⁷.

En suma, los AMI son la manifestación de una negociación colectiva transnacional en estado incipiente¹⁰⁵⁸, pero, en un futuro, éstos podrían ser la vía para regular en forma directa condiciones de trabajo a nivel transnacional y que resulten exigibles jurídicamente. Motivos que, a nuestro entender, justifican un atento seguimiento de su evolución.

¹⁰⁵⁶ Cláusula 9 AMI del Grupo Siemens Gamesa (2017): “En caso de conflicto, se aplicará el siguiente procedimiento: [...] como último recurso, tendrán la posibilidad de llevar el caso al tribunal competente en la ubicación de la sede central del Grupo Siemens Gamesa”. Traducción propia.

¹⁰⁵⁷ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Hacia un modelo de arbitraje laboral internacional”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 111-112.

¹⁰⁵⁸ CORREA CARRASCO, Manuel: “La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza...”, ob. cit., p. 76.

CAPÍTULO V. La conclusión del episodio de expatriación o asignación internacional.

1. La ley aplicable a la conclusión de la asignación internacional.

Según hemos sostenido en capítulos anteriores, un elemento que diferencia a la expatriación de otras figuras jurídicas se relaciona con el carácter no definitivo de la modificación del lugar de trabajo. Esta circunstancia tiene como consecuencia que, en algún momento, previamente determinado o supeditado a la verificación de alguna condición, la misión encomendada a la persona trabajadora expatriado llegará a su fin, y con ella, se producirá el retorno¹⁰⁵⁹, una nueva misión o bien la «localización».

En todos los aspectos relacionados con el fin de la misión en el extranjero, sea por la asignación de una nueva misión o por el retorno de la persona trabajadora, entendemos que, salvo en supuestos de pactos de elección de legislación válidos que estableciesen lo contrario, la legislación aplicable será la española. En efecto, atendiendo a los criterios del Reglamento Roma I –y residualmente el artículo 1.4 ET– las normas españolas serían aplicables a una relación laboral iniciada y subsistente en España y que se ejecute temporalmente en otro Estado. Tratándose de una expatriación a un Estado miembro de la Unión Europea también devendría aplicable la legislación española, en cuanto el Reglamento Roma I establece que la realización temporal del trabajo en otro país no modifica la legislación rectora del contrato. Asimismo, como se ha señalado en capítulos anteriores, la Directiva 96/71/CE solo establece la aplicación de la legislación y los convenios colectivos universales del Estado de acogida a determinadas condiciones laborales, de modo que será aplicable la legislación española en lo que se refiere a las disposiciones que regulen los aspectos procedimentales de la movilidad.

¹⁰⁵⁹ Se utilizará la palabra «retorno» para hablar del regreso del trabajador a su país de origen, ya que concordamos con MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p.340, quien señala que la palabra repatriación tiene otras connotaciones, al ser utilizada en el derecho de extranjería para referirse a la expulsión o devolución de un extranjero.

Por otra parte, en el caso de una expatriación extracomunitaria también podrían aplicarse las normas españolas y las disposiciones del convenio colectivo rector en España, en cuanto no fuesen contrarias a las normas locales y superasen los estándares de protección establecidos por aquellas. Y ello, a condición de no someter el conflicto relacionado con el fin de la misión a un órgano jurisdiccional del país en que la persona trabajadora esté expatriada, pues si éste se declarase competente, la legislación aplicable a la relación laboral se determinaría conforme a las normas de conflicto que dicho tribunal esté obligado a aplicar.

De todos modos, lo señalado tiene mayor sentido el caso en que la relación laboral tenga un patrón unitario, es decir, aquella en la que el cambio de lugar de trabajo es un episodio de una única relación laboral¹⁰⁶⁰ que ha tenido su origen en España. Ciertamente, si se ha roto el vínculo laboral a través de una dimisión en la empresa de origen, la conexión con España resulta más difusa, si bien podría invocarse el criterio de los vínculos más estrechos o el lugar de contratación.

Con esta advertencia, es posible establecer que, al igual que en su inicio, la conclusión de la misión ha de regirse, tanto por lo pactado por las partes, como por las disposiciones pertinentes del ET.

2. Las causas de finalización del episodio de expatriación.

2.1. El vacío normativo en relación con el plazo máximo de la asignación internacional.

Como se ha señalado anteriormente, la normativa española y comunitaria no han determinado la proyección temporal de la expatriación en su extremo inicial, lo que se deriva de su aplicación como norma integradora en el caso de la primera y de la finalidad armonizadora de las normas comunitarias laborales, en el caso de la segunda.

¹⁰⁶⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: "Expatriación de trabajadores...", ob. cit.

En lo que se refiere a los límites temporales de la movilidad transnacional de la persona trabajadora, ni el artículo 40 ET ni la Directiva 96/71/CE establecen un plazo máximo de duración del desplazamiento. Mientras el artículo 40.6 ET solo establece la aplicación del procedimiento establecido para los traslados a los desplazamientos que superen el umbral temporal de doce meses en un periodo de tres años, el artículo 3.1 *bis* de la DDT se limita a indicar que, superado el plazo de 12 o 18 meses –este último en caso de prórroga–, se aplicarán todas las condiciones laborales del Estado de acogida.

Por su parte, la legislación de Seguridad Social tampoco proporciona reglas tajantes, que pudiesen utilizarse como criterio orientativo respecto a los límites máximos de la movilidad internacional. En el caso de los desplazamientos intracomunitarios, el artículo 12.1 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que el trabajador o trabajadora desplazada quedará sujeto a la legislación del Estado miembro de envío, siempre que la duración previsible del desplazamiento no supere los 24 meses y que éste no se realice en sustitución de un trabajador desplazado previamente. Complementando esta disposición, el artículo 16.1 del Reglamento prevé la posibilidad de que los Estados miembros de común acuerdo establezcan excepciones al límite de 24 meses previsto para el desplazamiento.

De todos modos, algunos han sostenido que la expatriación en España tendría una duración máxima de cinco años, con una prórroga de un año, previa justificación de la necesidad de permanencia¹⁰⁶¹. Aunque no se señale expresamente, entendemos que esta conclusión podría estar basada en las disposiciones de algunos Convenios de Seguridad Social suscritos con Estados no miembros de la Unión Europea¹⁰⁶², pero, en cuanto algunos Convenios admiten prórrogas a tales límites

¹⁰⁶¹ Así lo recoge ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén: *Trabajador Expatriado y Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 131, de acuerdo con la información proporcionada por la Administración. En efecto, así aparece consignado en el Punto de acceso general a las Administraciones Públicas disponible en: https://administracion.gob.es/pag_Home/gl/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/empresas/empleados/desplazados/seguridad-social.html#-7274bbc21823 Fecha de última consulta: 28 de julio de 2021.

¹⁰⁶² El artículo 6 del Convenio entre España y Australia sobre Seguridad social dispone: “Cuando un trabajador por cuenta ajena o propia sujeto a la legislación española de Seguridad Social sea enviado por su empresa, o se traslade a Australia para desarrollar un trabajo temporal, continuará cubierto por dicha Seguridad Social, siempre que el período de trabajo propuesto no exceda de cinco años”. Asimismo, el artículo 5 del Convenio sobre Seguridad social entre España y los Estados Unidos de América prescribe: “Si una persona, asegurada por la legislación de uno de los Estados contratantes respecto al trabajo desarrollado al servicio de una empresa en el territorio de ese Estado, es enviada por dicha empresa a trabajar

temporales y teniendo en consideración la ausencia de uniformidad en los plazos establecidos por los Convenios suscritos, no resulta posible establecer un límite explícito como regla general. Una indeterminación similar se producía en los supuestos de movilidad hacia países con los que no se había suscrito Convenio de Seguridad Social, pues el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social y la Orden de 27 de enero de 1982 tampoco establecían un término máximo para la situación asimilada al alta de la persona trabajadora expatriada.

Sin embargo, la reciente Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, ha derogado la Orden de 27 de enero de 1982 y aclara la situación de las personas trabajadoras desplazadas por sus empresas a países en que no resulta aplicable ningún convenio o no estén incluidas en el ámbito subjetivo de los mismos, estableciendo que se considerarán en situación asimilada al alta y que subsistirá la obligación de cotizar mientras permanezcan en el país de destino y se mantenga la relación laboral con la empresa¹⁰⁶³. Por su parte, en el caso de desplazamientos a países en que existe un instrumento internacional de coordinación, la Orden autoriza a que las personas trabajadoras continúen sujetas voluntariamente a la legislación española una vez agotado el periodo máximo¹⁰⁶⁴. Adviértase, en todo caso, que la

en el territorio del otro Estado contratante, sólo le será de aplicación la legislación del primer Estado contratante, como si estuviese trabajando en su territorio, siempre que el trabajo a realizar en el otro Estado no se espere que dure más de cinco años. Si dicho trabajo se hubiera de prolongar más de los citados cinco años por circunstancias imprevisibles, se continuará aplicando la legislación del primer Estado contratante por un nuevo periodo de un año máximo”.

Sin embargo, otras normas internacionales establecen un plazo máximo inferior: a modo de ejemplo, el artículo 7 del Convenio con Andorra establece un plazo de dos años, prorrogable como máximo a un periodo total de 5 años; el artículo 6.1 letra a) del Convenio con Marruecos impone un plazo máximo de 3 años, y; el artículo 7.1 letras a) y b) del Convenio con Túnez disponen que el plazo será de 24 meses, prorrogable por otros 24 meses. Por su parte, el artículo 10 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social impone en estos supuestos un plazo “de doce meses, susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte”. En todo caso, en el ámbito de los Estados que han suscrito el Convenio Multilateral Iberoamericano y cuentan con un Convenio Bilateral con España, esta norma solo será aplicable en la medida que sea más favorable que la establecida en un Convenio Bilateral.

¹⁰⁶³ Artículo 4 de la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español: “Las personas trabajadoras desplazadas al extranjero por sus empresas para trabajar por cuenta de estas, en los supuestos a los que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 3, se considerarán en situación asimilada a la de alta en el régimen de la Seguridad Social en el que estuvieran encuadradas, a efectos de causar derecho a las prestaciones enumeradas en el artículo 10, continuando la obligación de cotizar, tanto por parte de la empresa como de las personas trabajadoras desplazadas, mientras estas permanezcan en el país de destino y se mantenga la relación laboral con la empresa, en los términos y con el alcance establecidos en esta orden [...]”.

¹⁰⁶⁴ Artículo 5.1 de la Orden ISM/835/2023: “Las personas trabajadoras desplazadas al extranjero por sus empresas para trabajar por cuenta de estas, en el supuesto al que se refiere el párrafo c) del artículo 3 [desplazamiento en que resulte aplicable un instrumento internacional que prevea la aplicación de la Seguridad

norma hace referencia a «desplazamientos» y no a «traslados», circunstancia que, a nuestro entender, presupone el retorno de la persona trabajadora a España.

De lo señalado se desprende que, tanto el ordenamiento comunitario como el interno proporcionan cierta flexibilidad a la determinación de la duración del desplazamiento, con el consecuente menoscabo de la seguridad jurídica de las personas trabajadoras expatriadas. Ante este vacío normativo, ha sido la intervención de la negociación colectiva y la autonomía normativa las que han intentado favorecer el establecimiento de límites temporales al episodio de expatriación –según se verá a continuación– a través de la incorporación de supuestos de retorno de la persona trabajadora.

2.2. Las causas de finalización del episodio de expatriación. Análisis particular.

Teniendo en consideración la indeterminación legal de los límites temporales de la expatriación, algunas autoras han advertido que existen «vicisitudes extraordinarias» materializadas en la fase de desarrollo¹⁰⁶⁵ y supuestos concretos que darían lugar al cumplimiento de la obligación de retorno¹⁰⁶⁶. A nuestro entender, estas circunstancias pueden agruparse en distintas causas que suponen la finalización de la misión de expatriación, considerada como un capítulo particular en el desarrollo de la relación laboral.

Por esta razón, el presente epígrafe intentará sistematizar los supuestos de retorno que se han identificado, tanto por la doctrina científica como el desarrollo de este estudio, abordando su análisis desde una perspectiva práctica, basada en la doctrina judicial disponible.

Social del país de origen durante un plazo determinado], podrán continuar sujetas voluntariamente a la legislación española una vez agotado el periodo máximo de desplazamiento previsto en el respectivo instrumento internacional, incluidas las prórrogas que se hubieran autorizado, si estuvieran previstas en dicho instrumento”.

¹⁰⁶⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 298-330.

¹⁰⁶⁶ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 196.

2.2.1. Causas establecidas en el convenio colectivo español de aplicación.

Si bien es una alternativa escasamente utilizada, la negociación colectiva podría establecer causas que determinasen la finalización de la expatriación del trabajador. En tal caso, las disposiciones del convenio colectivo podrían no solo establecer un marco regulador de los pactos relativos a la finalización de la misión, sino que también instaurar condiciones que constituyan causas de finalización por sí mismas.

Con respecto a la finalización de la misión de expatriación, se advierte que la negociación colectiva ha planteado dos alternativas: bien establecer un plazo máximo a los desplazamientos –que pueden o no coincidir con la regulación legal– bien establecer circunstancias que determinarían su fin.

Como ejemplos del primer caso podemos citar el Convenio de Radio Televisión Española, que establece un plazo máximo de dos meses de desplazamiento en el extranjero, prorrogable por 30 días más¹⁰⁶⁷ y el Convenio de la Agencia EFE, el cual dispone que la duración del desplazamiento no podrá superar los doce meses en tres años, concediendo a las partes la facultad de pactar una duración superior¹⁰⁶⁸. Nótese que en este último caso no se alude a la caracterización geográfica del desplazamiento, pero de la lectura de otras de sus disposiciones es posible inferir que el precepto también pretende regular las expatriaciones¹⁰⁶⁹.

En lo que se refiere a las condiciones que puedan determinar el fin de la misión, es posible citar el Convenio estatal del sector del metal, que faculta a la empresa a

¹⁰⁶⁷ Artículo 57.1.3 del III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA. (BOE 22-12-2020): “La duración máxima de la comisión de servicio será de cuarenta y cinco días ininterrumpidos en territorio nacional y de dos meses en el extranjero. No obstante, si el plazo resultara insuficiente y lo exigen razones de servicio público, podrá prolongarse hasta otros treinta días en ambos casos”.

¹⁰⁶⁸ Artículo 52 Convenio colectivo de la Agencia EFE (BOE 15-10-2010): “El desplazamiento no podrá tener una duración superior a doce meses en tres años, salvo acuerdo de las partes”.

¹⁰⁶⁹ En el artículo 39, apartados 2 y 4 del Convenio de la Agencia EFE se establece, respectivamente: “En todos los viajes, tanto en territorio nacional como al extranjero, los gastos de alojamiento y manutención correrán a cargo directo de la Empresa” y “en los supuestos de desplazamientos en el extranjero, la Empresa incluirá al trabajador en póliza de seguros que garantice la cobertura médica asistencial, así como la repatriación si fuera necesario”.

«repatriar» al trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal por más de 20 días¹⁰⁷⁰. Por su parte, el Convenio marco del Grupo Endesa establece que motivos de salud, lactancia, guarda legal y cuidado de cónyuge o familiar sobrevenidos al desplazamiento, dan derecho al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo previo al desplazamiento¹⁰⁷¹.

Pese a que los ejemplos son escasos, en cuanto se advierte por la doctrina una tendencia a utilizar otras herramientas para su regulación, tales como protocolos internos o políticas corporativas¹⁰⁷² –y a las que los propios convenios colectivos hacen referencia¹⁰⁷³–, es necesario recordar que la posibilidad existe y, en la medida que exista mayor voluntad regulatoria por las partes negociadoras, podría convertirse en una alternativa útil para establecer límites a la duración del desplazamiento, así como para plasmar las mejoras que no se han efectuado en las disposiciones legales pertinentes.

¹⁰⁷⁰ Artículo 44.2 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (BOE 19-12-2019): “La dirección de la empresa podrá repatriar a la persona trabajadora sí, transcurrido un período de 30 días, la persona trabajadora permaneciera en situación de I.T. Si mediante dictamen médico se previera que la curación puede exceder de dicho plazo, se llevará a efecto con anterioridad. La dirección de la empresa no procederá a la repatriación de la persona trabajadora aún transcurrido dicho plazo, cuando el traslado pudiera ser peligroso o entrañar algún riesgo para la persona trabajadora, a juicio del facultativo correspondiente”.

¹⁰⁷¹ El artículo 62 del V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 17-06-2020) dispone: “6. Los desplazamientos con pernocta de duración superior a quince días requerirán el consentimiento previo de los trabajadores afectados en los casos siguientes: a) Por razones de salud, debidamente acreditadas y reconocidas por los servicios médicos de empresa. b) Por lactancia de un hijo menor de doce meses. c) Por guarda legal de algún menor de diez años o un discapacitado físico, psíquico o sensorial. d) Por cuidado directo de su cónyuge o de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. 7. En los supuestos en los que la aparición de las causas mencionadas en el número anterior tuviera carácter sobrevenido al desplazamiento, el trabajador tendrá derecho a reincorporarse al puesto de trabajo de origen”.

¹⁰⁷² MOLINA MARTIN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales”, ob. cit.

¹⁰⁷³ Solo a modo de ejemplo, el artículo 13.a del III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo de empresas Siemens Gamesa Renewable Energy (BOE 3-06-2021) dispone: “La política de movilidad internacional de la SGRE, así como el conjunto de procedimientos y guías que la complementan, y que regulan los desplazamientos internacionales, serán dados a conocer a todos los empleados y se publicarán en la Intranet de la compañía, junto con los datos económicos generales de la misma (complementos, tablas de peligrosidad)”. Asimismo, de conformidad con el artículo 22 del II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía (BOE 16-07-2019): “La regulación específica de la expatriación se recoge en el manual que se entrega a cada trabajador o trabajadora que pase a esta situación”.

2.2.2. Causas de finalización de la expatriación con fundamento en el ejercicio de la autonomía individual de las partes.

2.2.2.1. La «localización» de la persona trabajadora en el país de destino.

En la doctrina, se ha entendido la práctica de la «localización» de la persona trabajadora como la adscripción o transferencia definitiva de ésta al destino en que ha prestado servicios en calidad de expatriada¹⁰⁷⁴. En estricto rigor, con esta situación finaliza la misión de expatriación, por cuanto el lugar de prestación de servicios deja de ser temporal para pasar a convertirse en definitivo, de modo que el trabajador perderá la condición de expatriado a partir de la fecha en que se determine el inicio de la localización.

Sobre la base de la aplicación de la legislación española en la etapa previa a la localización, entendemos que la decisión de localizar a la persona trabajadora no podría adoptarse en ejercicio del *ius variandi*, de modo que no podría ampararse en el artículo 40 ET. En primer lugar, incluso encontrándonos en sus límites temporales no podría hablarse de un desplazamiento, ni en los hechos se trataría de un traslado, pues en ambos casos el trabajador ya tendría su residencia temporal en el lugar al que se pretende transferirlo. Y, en segundo lugar, porque ha de estimarse que los efectos en la vida personal y los intereses de la persona trabajadora serían de tal envergadura que una orden empresarial de esta naturaleza no podría tener cobertura de la legislación laboral¹⁰⁷⁵, en cuanto contraviene derechos fundamentales de manera permanente –derecho a elegir

¹⁰⁷⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 300.

¹⁰⁷⁵ En ese sentido, SJS N.º 33 de Madrid, de 24 de marzo de 2008, N.º 110/2008: “las modificaciones operadas en la relación contractual, analizadas en su conjunto, constituirían una novación extintiva de la relación contractual habida entre las partes hasta ese momento puesto que:

- se modifican las contraprestaciones básicas de ambas partes: tiempo de trabajo y retribución.
- se modifica la normativa laboral aplicable: ya no es la legislación española, sino la de Arabia Saudita, especialmente en lo referido a seguridad y salud laborales.
- se modifica el régimen de descansos
- se modifica su cobertura sanitaria
- se modifica más allá del trabajo su vida y sus rutinas, afectando a su intimidad (apartamento compartido), tiempo de descanso, relaciones personales, familiares y de amistad etc.

En definitiva las alteraciones son tantas y de tanto calado que hacen irreconocible el contrato existente entre las partes hasta ese momento, que se ha visto sustituido por otro nuevo e incompatible”.

libremente la residencia– y porque una imposición de esa naturaleza, incluso en el orden penal, tiene carácter temporal y no implica el abandono de territorio español.

Por las razones expuestas, la localización exige el consentimiento del trabajador o trabajadora y, por lo tanto, solo puede tener como fuente reguladora un pacto o acuerdo¹⁰⁷⁶. Asimismo, como se ha adelantado, el cese de la situación privada internacional tiene como lógica consecuencia la sumisión de la relación laboral a las normas de competencia internacional y la aplicación de la legislación del Estado en que la trabajadora o trabajador ha sido localizado. Produciéndose un cambio de legislación, resulta irrelevante si la localización se produce en el ámbito de la Unión Europea o en un tercer país o si la expatriación se había realizado en el seno de la empresa, a una empresa del grupo o a una empresa no relacionada, pues entendemos que en todo caso sería necesaria la suscripción de un nuevo contrato conforme a la legislación local.

En atención a que no existe causal en el ET que ampare o en la que pueda encuadrarse una extinción de contrato por estas circunstancias, coincidimos con quien sugiere como mejor alternativa la extinción por mutuo acuerdo de la relación laboral original, sea liquidando los derechos que se deriven de ésta, o bien

¹⁰⁷⁶ STSJ de Madrid, de 15 de abril de 2021, N.º 269/2021 (Rec. 679/2020) interpreta una cláusula del acuerdo de expatriación suscrito bajo la legislación española en el sentido de que el trabajador había consentido en su «localización» en Polonia. La cláusula del acuerdo establecía “en caso de que usted haya trabajado para Colgate, independientemente del cargo, en Polonia durante un periodo superior a cinco años, dejará de ser considerado expatriado regional...”, con una adenda suscrita por las partes en que se indicaba: “en caso de que siga trabajando para cualquier función para CP-Polonia después del 31-12-2019, no tendrá la condición de expatriado regional y quedará localizado allí (empleado por CP-Polonia)”.

Señala el TSJ: “Tampoco se aprecia que exista una vulneración por parte de la demandada Colgate Palmolive Holding S Com PA de derechos fundamentales de su trabajador, citándose por éste la infracción de los arts. 19 y 42 de la Constitución Española [...] En relación con el primeramente citado, el ámbito vital consiste en fijar libremente el lugar, un punto en el espacio, donde estar de manera transitoria o permanente. Cuando decidió quien ahora recurre aceptar su traslado a Polonia, asumió que dada la distancia temporal entre ese país y España al menos una parte importante de su vida profesional y personal que iba a desarrollar fuera del territorio nacional español, obteniendo por ello incluso beneficios económicos, entre otros, por coste de vivienda, no siendo la empresa recurrida quien le impide retornar a España, y sí las condiciones que libremente pactó a nivel laboral.

Y por lo que respecta al art. 42 de la Constitución Española, está ubicado en el capítulo III del texto constitucional no otorgando derechos subjetivos, tratándose de un principio rector de la vida social y económica, y solo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, como por ejemplo en materia de desempleo”.

estipulando las condiciones originales y conservando la antigüedad en el nuevo contrato que se suscriba en destino¹⁰⁷⁷.

2.2.2.2. Causas consignadas por las partes o establecidas en el pacto de expatriación.

De acuerdo con lo que hemos sostenido, la expatriación tiene como carácter definitorio la temporalidad de la movilidad internacional de la persona trabajadora, pues de lo contrario, tratándose de un traslado definitivo, nos encontraríamos frente a un supuesto de «localización». En este entendido, si la movilidad internacional se ha pactado por las partes, estas deberían también determinar el momento en que se extinguirá el acuerdo, ocasionando así el fin del episodio de expatriación.

Cabe recordar que, si se entiende que no resulta aplicable el artículo 40 ET a la movilidad geográfica pactada, los únicos límites que deben respetar las estipulaciones de las partes se refieren a la imposibilidad de establecer condiciones menos favorables o contrarias a las leyes y convenios colectivos y la indisponibilidad de las normas de derecho necesario, de acuerdo con lo establecido por los artículos 3.1.c) y 3.5 ET. Asimismo, debe hacerse presente que el pacto de expatriación puede ser un documento independiente o bien establecerse en el instrumento en el que se formalice la movilidad internacional, pudiendo consistir en cláusulas anexas al contrato de trabajo en virtud del cual se prestarán servicios en el extranjero.

Pese a que el aspecto más detallado del pacto de expatriación es, por lo general, la retribución que percibirá la persona trabajadora durante el episodio de movilidad, el análisis de la doctrina judicial muestra que los pactos de expatriación suelen especificar supuestos que establecen la extinción del pacto de expatriación o regulan las circunstancias que dan lugar al retorno del trabajador, poniendo fin, en consecuencia, al episodio de expatriación. Estas causas suelen especificarse en el acuerdo, a través del establecimiento un plazo que puede o no admitir prórroga y que puede ser indeterminado, bajo expresiones tales como: *“cuando los servicios*

¹⁰⁷⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 300-301.

prestados dejaran de ser requeridos por la empresa de destino”, “cuando la empresa de origen y la empresa de destino considerasen necesario el regreso a la empresa de origen”, o “el periodo de expatriación dependerá de la duración de los proyectos y de las restricciones legales en el país de origen y/o destino”¹⁰⁷⁸. También se detectan cláusulas de extinción anticipada del acuerdo de expatriación, tales como la situación de invalidez o minusvalía¹⁰⁷⁹. Incluso, un acuerdo ha subordinado la finalización de expatriación al cese de la expatriación del cónyuge en el mismo destino¹⁰⁸⁰.

Si bien puede encontrar su explicación en la desigualdad del poder negocial de las partes, llama la atención que un número significativo de cláusulas supedita la finalización de la misión al arbitrio de la empresa. Por una parte, si el artículo 40 ET no es aplicable en los supuestos de expatriación pactada, resulta discutible la posibilidad de considerar como una orden empresarial incardinable en esta disposición, la decisión unilateral de retorno de la persona trabajadora por parte de la empresa sustentada en una cláusula del pacto de expatriación. Por otra parte, y aunque esta circunstancia no sea objeto de debate en las sentencias analizadas, la validez de este tipo de cláusulas podría cuestionarse al amparo de los artículos 1215 y 1256 del Código Civil español. En efecto, un pacto que atribuyera a la empresa la facultad de determinar el retorno de la persona trabajadora, sin hacer referencia a alguna circunstancia objetiva externa a su voluntad –por ejemplo, la finalización de los trabajos asociados al puesto de trabajo o una situación de peligro para la integridad física y moral del trabajador– constituiría, a nuestro entender, una condición puramente potestativa, en cuanto la condición del retorno dependería exclusivamente de la voluntad de uno de los contratantes. Estimamos que una cláusula de ese tenor adolecería de nulidad, por ser manifiestamente arbitraria.

La conclusión expuesta no obsta a que la motivación de la empresa para imponer el regreso de la persona trabajadora tenga su origen en una causa que resulte

¹⁰⁷⁸ STS de 6 de noviembre de 2018, N.º 945/2018 (Rec. 1595/2016), STSJ de Canarias, de 13 de febrero de 2019, N.º 125/2019 (Rec. 711/2018).

¹⁰⁷⁹ STSJ de Cataluña, de 18 de diciembre de 2020, N.º 5750/2020 (Rec.2811/2020).

¹⁰⁸⁰ STSJ de Andalucía, de 31 de marzo de 2016, N.º 925/2016 (Rec. 1208/2015).

reprochable por otro motivo: a modo de ejemplo, la decisión de retorno adoptada unilateralmente por la empresa y amparada en una cláusula similar a las referidas –“la empresa se reserva, en todo caso, la facultad de disponer el retorno del trabajador a territorio nacional sin más requisitos que el preaviso de 30 días” – se ha estimado vulneradora de los derechos fundamentales de una trabajadora expatriada, al no poder desvirtuar la empresa que el fundamento de su decisión fuese distinto al embarazo y bajas médicas de ésta, derivadas de su situación de maternidad¹⁰⁸¹. Lamentablemente, en este caso el órgano jurisdiccional no se pronuncia respecto a la legalidad de la cláusula de retorno por considerar que no es objeto del pleito, si bien determina la nulidad de la decisión empresarial y el regreso de la trabajadora al lugar en que se encontraba expatriada.

Otro aspecto que destacar es la frecuencia de la inclusión de pactos que establecen un plazo de preaviso con la finalidad de concretar el momento exacto de la conclusión de la misión. Sin embargo, no es posible sostener que la obligación de preaviso sea una estipulación frecuente en los casos en que el retorno se ha anudado a un plazo indeterminado, dado que las sentencias analizadas no constituyen una muestra representativa del universo de pactos de expatriación celebrados en España. En el entendido que la expatriación es consecuencia de una necesidad empresarial, hemos de señalar que en la mayor parte de los casos analizados es la empresa la parte que notifica el fin de la misión¹⁰⁸², indicando a la persona trabajadora los efectos de dicha finalización, si bien se han detectado

¹⁰⁸¹ STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2013, N.º 3120/2013 (Rec. 451/2013): “La recurrente pretende justificar la decisión de la actora en sede de este recurso, alegando que la decisión de repatriar a la actora se hizo para evitar duplicidad de funciones, facilitar su maternidad en un ambiente socio-laboral próximo a su entorno familiar y vital y adaptar el nivel del personal en la obra a la producción pendiente de ejecutar,[...] ha resultado acreditado que la decisión de la empresa de extinguir el contrato de expatriación de la trabajadora antes de su finalización y sin que se hubieran terminado los trabajos administrativos realizados y la de retorno a España a la delegación de Barcelona, se debió a la situación de embarazo de la trabajadora y bajas relacionadas con el mismo y ejercicio de los derechos derivados de maternidad, lo que constituye una discriminación por razón de sexo y vulnera el art. 14 de la CE”.

¹⁰⁸² En el análisis de la doctrina judicial, hemos detectado que, para poner fin a la expatriación en los supuestos en que el contrato se encuentra suspendido, algunas empresas han utilizado las cláusulas que conceden a la empresa la facultad de decidir el retorno, con la finalidad de extinguir el contrato mediante el despido – improcedente– del trabajador. Así se desprende de la señalada STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2013, N.º 3120/2013 (Rec. 451/2013) en que se determina el retorno de una trabajadora cuyo contrato se encontraba suspendido por nacimiento de su hijo.

Por su parte, en STSJ de Cataluña, de 18 de diciembre de 2020, N.º 5750/2020 (Rec.2811/2020) se estima improcedente el despido de un trabajador expatriado en Reino Unido que sufrió una enfermedad cuyo tratamiento continuó en Madrid y cuyo contrato se encontraba suspendido por incapacidad temporal de larga duración.

algunos acuerdos en que se otorga esta posibilidad tanto a la empresa como al trabajador o trabajadora¹⁰⁸³.

En el supuesto de que sea la persona trabajadora expatriada quien pone fin a la expatriación, sea por notificación a la empresa de su voluntad de finalizar la misión o por dimisión, entendemos que habrá de respetar el plazo establecido en su favor en el pacto de expatriación, siempre que éste no supere los límites establecidos en el convenio colectivo para la dimisión. En efecto, en el caso de dimisión, la doctrina judicial ha estimado que el pacto entre las partes únicamente puede mejorar o suprimir el plazo establecido en el convenio colectivo de aplicación a la relación laboral, toda vez que una disposición de esa naturaleza es una norma de derecho mínimo relativo¹⁰⁸⁴. En ese sentido, si frente a la extinción de la relación laboral a instancia de la persona trabajadora no se puede exigir un plazo mayor al establecido en la norma convencional, con mayor razón la empresa no podría exigir un plazo superior en el supuesto en que el trabajador únicamente pretenda concluir la expatriación.

¹⁰⁸³ STSJ de Cataluña, de 18 de diciembre de 2020, N.º 5750/2020 (Rec.2811/2020), consta hecho probado en virtud del cual “el preaviso para extinguir el acuerdo de expatriación debe ser de 4 meses, si lo hace el trabajador”.

STSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2007, N.º 222/2007 (Rec. 6005/2006) Se estima probado en la sentencia de primera instancia que el contrato de expatriación tenía “una duración inicial de dos años prorrogable por anualidades hasta un máximo total de cinco años, siendo susceptible de rescisión con preaviso de tres meses de antelación”.

¹⁰⁸⁴ STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2021, N.º 5554/2021 (Rec. 3981/2021). Se refiere al caso de una trabajadora a la cual se le descontó de su finiquito los días de salario equivalentes a los días que –según la empresa– faltaban para dar cumplimiento al preaviso establecido en caso de dimisión. En el desarrollo de la expatriación, la trabajadora había sido subrogada por una nueva empresa, que propugnaba la aplicación el Convenio colectivo de hostelería de Barcelona, el que establecía un plazo de preaviso de dos meses.

Señala la sentencia: “Es cierto que a partir de esa fecha [de la subrogación] por acuerdo entre la trabajadora y la nueva empresa sucesora, hoy aquí recurrente/demandada, se modificaron algunas de las condiciones de su contrato de trabajo, pero esa modificación solo afectó a las condiciones salariales y los derechos sobre movilidad geográfica que hasta ese momento tenía, pero nunca se modificó el plazo de preaviso que mejoraba lo dispuesto en el convenio de aplicación [...] como la actora pactó con la empresa sucedida y así figuraba en su contrato de trabajo una mejora en cuanto al plazo de preaviso, esa mejora del Convenio colectivo de aplicación -el de Burgos en ese momento-, no se perdió, ni consta que la actora renunciase a ella, y ese mejor derecho pasó juntamente con el resto de las condiciones a la empresa sucesora y hoy recurrente.

No es desconocido para esta Sala que este tipo de obligaciones funciona como una norma de derecho mínimo, pero no es absoluto, sino relativo, y si bien no se puede alterar en perjuicio de lo establecido como máximo en la norma convencional, nada impide que se pueda mejorar incluso suprimir mediante pacto individual consignado en el contrato de trabajo”.

Dada la naturaleza de cláusula penal¹⁰⁸⁵ y su finalidad tuitiva de los intereses del destinatario de la comunicación¹⁰⁸⁶, la existencia de una obligación de preaviso en el pacto debería tener como consecuencia el derecho del trabajador o trabajadora a ser indemnizado por su incumplimiento. No obstante, la doctrina judicial ha negado el derecho a la percepción de una indemnización sustitutiva del preaviso en los casos en que la empresa ha determinado el regreso de la persona trabajadora para proceder a su despido –cualquiera sea su posterior calificación–, realizando una interpretación literal de los pactos, en los cuales no se preveía expresamente el pago del preaviso si la causa del retorno era la extinción de la relación laboral¹⁰⁸⁷.

Frente a este escenario, más allá de sugerir una estipulación clara y expresa en el pacto de expatriación respecto al pago de una indemnización por falta de preaviso a todo evento, nos parece que, en un supuesto de incumplimiento del plazo de preaviso para proceder a un despido que posteriormente sea declarado improcedente, la indemnización legal podría resultar insuficiente. En efecto, el

¹⁰⁸⁵ En STS de 16 de marzo de 2005 (Rec. 118/2003) se sostiene que: “la verdadera naturaleza jurídica de la penalización convencionalmente prevista para el trabajador que incumpla lo preceptuado respecto del preaviso de referencia (que, por cierto, tiene establecida una lógica y equitativa reciprocidad en el párrafo cuarto del propio artículo para el supuesto de que la incumplidora fuera la empresa, al retrasar el pago de la liquidación) hay que buscarla en la cláusula penal que posibilitan y disciplinan los arts. 1.152 y siguientes del Código Civil. Las partes pueden pactar perfectamente este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, y su utilidad estriba en que el hecho de hacer uso de tales cláusulas penales aquella parte favorecida por ellas en cada caso, evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía, pues, en todo caso, el hecho de acudir a la realización de la “pena”, resulta ya incompatible con la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios, aun cuando éstos pudieran existir y, en caso de que existieran, sea cual fuere su cuantía”.

¹⁰⁸⁶ La STS de 1 de julio de 2010 (Rec. 3289/2009) señala que el preaviso “tiene una finalidad básicamente tuitiva de los intereses del destinatario de la comunicación [la empresa], al efecto de que pueda prevenir los perjuicios que pudieran derivarse de una intempestiva ruptura de la relación laboral, adoptando -en el periodo de preaviso- las medidas oportunas en orden a proteger sus intereses”.

¹⁰⁸⁷ De acuerdo con la STSJ de Madrid, N. 151/2016 (Rec. 770/2015) que confirma sentencia de instancia: “a interpretación efectuada por la Juez de instancia, a la vista del acuerdo [...] se ha atendido tanto a la literalidad como a la intención perseguida por sus firmantes, deduciéndose que sólo se debe preavisar con antelación de un mes siempre que la empresa le comunique al trabajador la finalización del desplazamiento para reincorporarle en la compañía de origen, y no, como sucede en el caso enjuiciado, en que se comunica un despido que, si bien implica finalización del desplazamiento, lo que conlleva es la ruptura de la relación laboral”. En el mismo sentido, STSJ de 23 de abril de 2021, N.º 387/2021 (Rec. 885/2020): “debemos añadir, compartiendo el criterio judicial de instancia, ” En el acuerdo de movilidad internacional se establece el preaviso en la cláusula tercera para cuando alguna de las partes diera por terminado el desplazamiento sin causa alguna, que no es el supuesto, la actora fue despedida por razones disciplinarias, que es una forma de extinguir la relación laboral que no precisa de preaviso alguno, ni legal ni tampoco en virtud de lo dispuesto en el mencionado acuerdo, pues ese tipo de extinción se regula en la cláusula séptima, que no dispone nada al efecto”.

retorno sorpresivo e intempestivo instado por la empresa podría causar daños materiales y morales a la persona trabajadora que trascendiesen a aquellos que se derivan de la pérdida del empleo. Dichos daños podrían –y deberían– ser indemnizados con fundamento en el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT¹⁰⁸⁸.

En cuanto existen pronunciamientos en uno y otro sentido, es posible sostener que la doctrina judicial no es completamente reacia a imponer una indemnización adicional *ex. art.* 10 del Convenio 158 OIT. Si bien alguna sentencia ha negado tal posibilidad, argumentando que el Convenio 158 OIT no podría aplicarse directamente¹⁰⁸⁹, en otros casos se ha determinado que la indemnización adicional sería admisible si la insuficiencia de la indemnización legal es notoria, cuando resulte clara y evidente que la decisión extintiva incurre en una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho¹⁰⁹⁰. A nuestro parecer, es posible prescindir de la

¹⁰⁸⁸ Artículo 10 del Convenio N.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo: “ Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

¹⁰⁸⁹ La STSJ de Madrid de 01 de marzo de 2021, N.º 130/2021 (Rec. 596/2020) argumenta que “el TS ha declarado que las normas del Convenio nº 158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno [...] La legislación española no ha incluido ninguna indemnización especial o singular para el despido carente de causa ni ha distinguido diferentes clases de despido improcedente, calificación que se aplica siempre que el despido no quede justificado por las causas previstas en la ley, a menos que incurra en alguno de los supuestos de nulidad. No cabe en el ordenamiento jurídico español que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente. Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio, sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios”.

¹⁰⁹⁰ Por el contrario, STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2021, N.º 2273/2021 (Rec. 5233/2020), sostiene que: “en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato [...] tampoco resulta descartable que la “indemnización adecuada” en las descritas y limitadas situaciones pueda integrar también otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC -en relación al 1101 del mismo cuerpo legal- lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial.

En resumen: aceptamos que con el apoyo del sustrato normativo expuesto, en el que nuestro propio legislador ya ha abierto fisura y admite ampliaciones, será posible en circunstancia excepcional como la expuesta, que por cierto es la que nos acompaña, en que la indemnización legal y tasada resulte notoriamente insuficiente, podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar para eliminar así del mundo jurídico sus totales perniciosos efectos”.

exigencia de una notoria insuficiencia de la indemnización, pues aquella siempre será insuficiente si no ha disuadido a la empresa de una decisión arbitraria. En suma, si el preaviso se incumple para proceder a un ulterior despido, la persona trabajadora expatriada tendría derecho a la reparación de los daños que le irroge la decisión empresarial en forma adicional a la indemnización legal, en caso de que la extinción tenga causa en una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho. Con respecto a la cuantificación de estos daños, entendemos que será el importe equivalente al salario que se deja de percibir.

Ahora bien, ¿Qué sucede en los casos en que se ha pactado un plazo que continúa pendiente y la persona trabajadora recibe notificación del fin de la misión, sin que exista una cláusula habilitante para tal decisión? En estos supuestos, entendemos que se trata de una orden empresarial efectuada al margen del pacto de expatriación y que, en principio, podría ser impugnada, bien a través del artículo 40 ET, bien a través del artículo 41 ET, toda vez que la modificación del lugar de trabajo pactado tendría como muy probable consecuencia la eliminación de las partidas salariales asociadas a la expatriación¹⁰⁹¹. Pese a que en capítulos anteriores nos hemos posicionado a favor de la aplicación del artículo 40 ET a la movilidad geográfica internacional inicial cuando esta no ha sido determinada por la autonomía individual, hemos de reconocer que en los supuestos de incumplimiento

La SJS N.º 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020, N.º 71/2020 manifiesta que la legislación positiva española en materia de régimen indemnizatorio del despido improcedente es aparentemente vigente. Sostiene que “esa norma, en cuanto infringe el necesario principio de jerarquía normativa, es en realidad nula de pleno derecho e inexistente. Nos referimos a que contraría, sin que sea posible una interpretación integradora, el art. 10 del Convenio 158 de la OIT [...] El citado Convenio fue ratificado por España en fecha 26 de Abril de 1985 y entró en vigor de 26 de Abril de 1986, es de aplicación directa por los Tribunales de Justicia en nuestro país a tenor de lo dispuesto en el art. 1 del Convenio y forma parte del ordenamiento jurídico nacional interno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional ha venido a reconocer a los Tratados Internacionales un rango supra-legal en el sistema de jerarquía de fuentes del Derecho.

En ausencia de un intérprete “auténtico”, corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales la interpretación del Convenio”.

¹⁰⁹¹ Como señala BLASCO PELLICER, Ángel: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”. *Relaciones Laborales*. 1995, N.º 1 [edición electrónica], el artículo 41 ET es una excepción causal a la regla general de inamovilidad de las condiciones pactadas, interpretación que comparte la doctrina mayoritaria. Sostiene que “poco importa si su origen radica en el momento constitutivo o en cualquier pacto novatorio posterior; ninguna trascendencia tiene, más allá de su prueba, cuando proceda, si el pacto contractual fue expreso o tácito o producto del libre acuerdo de voluntades o resultado de la contractualización de la condición a través de una decisión unilateral del empresario”.

Si bien el autor comentaba la norma en su versión de 1995, que se refería a las “condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual”, la redacción actual mantiene este sentido, al establecer el artículo 41.2 ET actualmente vigente que las modificaciones sustanciales podrán afectar a “las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo”.

de un pacto de expatriación en curso resultan afectadas, además del lugar de trabajo, otras condiciones laborales con fundamento en dicho pacto. Así, tratándose de una movilidad geográfica que pretende restablecer el lugar de trabajo original y afectándose otras condiciones de trabajo establecidas en el pacto de expatriación –cuya conservación puede tener mayor relevancia para la persona trabajadora–, entendemos que podría impugnarse la modificación sustancial de condiciones laborales *ex. art. 41 ET* ante los órganos jurisdiccionales españoles.

Cabe añadir que, en el supuesto de considerarse nula o injustificada la decisión empresarial, dependiendo del precepto invocado, el trabajador o trabajadora expatriada podría continuar prestando servicios en el destino extranjero hasta el cumplimiento del plazo o solicitar el reconocimiento del derecho a las condiciones económicas acordadas hasta la época de cumplimiento del mismo. Esta última fue la solución adoptada por los órganos jurisdiccionales en un caso en que la empresa determinó el retorno anticipado del trabajador a efectos de incluirlo en un ERE, estableciéndose en la sentencia que el módulo indemnizatorio debía calcularse con el salario percibido por el trabajador en virtud del acuerdo de expatriación, pese a que con su retorno se entendía extinguido el acuerdo¹⁰⁹².

En todo caso, y como se señala, el tratamiento de la repatriación anticipada es un tema pendiente en lo que respecta al régimen jurídico del expatriado, pues su regulación en los acuerdos no es frecuente¹⁰⁹³. En ese sentido, y dado que actualmente no existe una causal legal al respecto, sería deseable la inclusión de cláusulas que contemplen el retorno por circunstancias que afecten a la empresa –concurso de acreedores, incumplimientos de contrato que afecten a la misión de expatriación– o a la persona trabajadora, otorgando la posibilidad de invocar la causal a la parte a quien le afecte. En este último caso, podrían considerarse

¹⁰⁹² STSJ Madrid de 27 de abril de 2016, N.º 368/2016 (Rec. 40/2016). En este caso, se previó por las partes la estancia del trabajador en el extranjero durante dos años, pero la empresa le repatrió anticipadamente. Al ser incluido el trabajador en un ERE, el Tribunal determina que el salario regulador ha de ser el estipulado en el acuerdo de expatriación: “Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando, partiendo de que el compromiso de expatriación asumido por las partes abarcaba no solo a la permanencia sino también a la retribución, afirma que -literalmente- “al existir una circunstancia especial y específica afectante al demandante..., y así pactada su expatriación con una remuneración determinada y con compromiso de permanencia de 24 meses, el salario que percibía como expatriado es el que nos ha de servir de módulo para fijar la indemnización por extinción de contrato”.

¹⁰⁹³ OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto...”, *ob. cit.*

causas de retorno la incapacidad temporal del trabajador o trabajadora expatriada que presumiblemente requiera un tratamiento prolongado, situaciones familiares que requieran su presencia en España o necesidades de conciliación familiar y laboral. Con independencia de la facultad de invocar el artículo 34.8 ET por parte de la persona trabajadora, nos parece que el periodo de negociación de un mes establecido por este precepto y la eventual judicialización del conflicto ante la falta de acuerdo, podrían resultar un obstáculo para atender necesidades urgentes, motivo por el cual las cláusulas preestablecidas serían, a nuestro entender, una mejor solución.

En suma, la finalización del episodio de expatriación por la verificación de una circunstancia establecida por las partes es probablemente la causal más empleada para poner fin a la expatriación. Sin perjuicio de su potencial utilidad para regular circunstancias que requieran de una solución rápida y eficaz, la aplicación actual de estas cláusulas dista de ser pacífica y equitativa, en cuanto no existe un marco regulatorio para equilibrar el poder negocial desigual y en atención a que, por lo general, disimulan un ejercicio del poder empresarial.

2.2.3. El fin del episodio de expatriación como consecuencia de la aplicación de disposiciones legales españolas o del país de destino.

2.2.3.1. El fin de la expatriación como resultado de la extinción del contrato de trabajo principal.

En lo que puede considerarse una consecuencia lógica, la extinción del contrato de trabajo en el marco del cual se ha pactado o se ha adoptado la orden de expatriación también determinará el fin de la misión en el extranjero, pues es el contrato que da lugar a la relación laboral original –contrato al que se denominará «principal»– el que ha dado cobertura jurídica a la orden o al pacto accesorio que contiene el acuerdo de expatriación. A *contrario sensu*, la extinción del contrato de trabajo instrumental, suscrito para dar cobertura a la movilidad entre empresas del grupo, o bien, aquel que se suscribe en el país de destino con la finalidad de dar cumplimiento a requisitos administrativos o fiscales solo constituiría una circunstancia que podría determinar la imposibilidad de prestar los servicios en

éste, y, de ese modo, supondría un impedimento para dar cumplimiento a la orden o pacto, si bien se mantendría vigente la relación laboral original.

La única excepción a esta regla se apreciaba en los contratos temporales suscritos en España para la prestación de servicios en el extranjero, ya que la expiración del plazo o finalización de la obra constituía simultáneamente, el fin de la misión y la extinción de la causa de temporalidad que justificaba el contrato, de manera que, en esos casos, la finalización de la misión era la causa de extinción de la relación laboral principal¹⁰⁹⁴.

Sin embargo, en cuanto la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021 ha determinado la supresión de los contratos de obra y servicio¹⁰⁹⁵, quizás este tipo de supuestos podría obtener cobertura mediante la incorporación de una condición resolutoria al contrato indefinido *ex. art. 49.1 letra b) ET*, referido a la extinción del contrato por causas válidamente consignadas en el contrato¹⁰⁹⁶. En atención a que la aplicación de esta norma está circunscrita a la inserción voluntaria de una condición que no se contemple como causa extintiva específica en la ley¹⁰⁹⁷, entendemos que la inserción de una condición resolutoria consistente, por ejemplo,

¹⁰⁹⁴ Para ejemplificar este supuesto, puede citarse la STSJ Madrid de 17 de abril de 2020, N.º 238/2020 (Rec. 183/2020), que entendió ajustada a derecho la notificación de finalización del contrato a un trabajador expatriado, ya que, si bien la obra en el extranjero no había finalizado, éste había sido contratado para desempeñarse en una categoría profesional requerida solo en algunas fases de ejecución del proyecto. En este caso, las partes suscribieron contrato temporal y un día después suscribieron acuerdo de expatriación en virtud del cual los servicios se prestarían en México. La sentencia resuelve: “Consta probado, por tanto, que el actor fue contratado para desempeñar sus funciones como Site Manager y, que en el Acuerdo de Expatriación constaba expresamente que la duración del servicio se extendería hasta la finalización de sus funciones como Site Manager [...] Y, consta expresamente acreditado que las obras relativas al Proyecto Mesa La Paz de la empresa demandada no han finalizado. Este proyecto consta de distintas fases y, tras la finalización de la relación laboral del demandante, han continuado realizándose trabajos con supervisores, incluido algún trabajo de construcción, pero no hay ningún trabajador con la categoría profesional de Site Manager. Por consiguiente, finalizaron los trabajos para los que fue contratado el actor como Site Manager, con independencia de que continuaran determinadas labores u obras [...]. De ello se colige que las obras para las que fue contratado el actor habían finalizado y, que la extinción del contrato para obra o servicio determinado fue ajustada a derecho”.

¹⁰⁹⁵ El artículo 1.3 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo establece una nueva redacción del artículo 15.1, en virtud de la cual se elimina la facultad de celebrar contratos de duración determinada para la realización de una obra o servicio.

¹⁰⁹⁶ Artículo 49.1 letra b) del Estatuto de los Trabajadores: “El contrato de trabajo se extinguirá: [...] b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”.

¹⁰⁹⁷ AGRA VIFORCOS, Beatriz: “La extinción por voluntad concurrente de las partes (mutuo acuerdo, condición y término) y pactos indemnizatorios”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan (Dir.): Tratado del despido. Madrid: Wolters Kluwer, 2018 [edición electrónica].

en la finalización de las tareas del puesto de trabajo en el extranjero o la finalización del contrato de prestación de servicios internacional, podría cumplir estos requisitos, sin perjuicio de que su utilización como causa extintiva requeriría precisiones para evitar abuso de derecho por parte del empresario, toda vez que la ausencia de pacto indemnizatorio o el acuerdo de una cantidad irrisoria podrían tener tal calificación. Si bien debemos reconocer que los cuestionamientos a la modalidad del contrato de obra o servicio¹⁰⁹⁸ –que condujeron a su eliminación– podrían incidir en la consideración de esta solución como fraude de ley, entendemos que en otros supuestos este tipo de cláusulas podrían ser útiles y válidas: por ejemplo, cláusulas resolutorias que autoricen a la persona trabajadora a extinguir el contrato con derecho a indemnización por incumplimiento de las condiciones de expatriación o de cualquier obligación empresarial derivada de la movilidad internacional¹⁰⁹⁹.

Por otra parte, debemos hacer presente que, en el supuesto de una relación laboral indefinida en la cual se había suscrito un acuerdo de expatriación de carácter temporal, la extinción del contrato principal basada en el fin de la expatriación fue estimada fraudulenta por la doctrina judicial¹¹⁰⁰. En nuestra opinión, esta conclusión es irreprochable si el tiempo de antigüedad de trabajador que precede a la

¹⁰⁹⁸ Como sostenía LÓPEZ SANCHEZ, María: “El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. Trabajo y Derecho. 2017, N.º 25 [edición electrónica], la utilización del contrato de obra y servicio en contratos en que la actividad conllevaba una permanencia, al tratarse de necesidades fijas, convertía al principio de estabilidad en el empleo en un elemento inoperante. Asimismo, advertía que estos contratos suponían la traslación del riesgo empresarial a la persona trabajadora, cuando esta última veía sometida la duración de su contrato a la contrata o subcontrata en que desarrollaba la concreta tarea.

¹⁰⁹⁹ En ese sentido, CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge y GINÈS I FABRELLAS, Anna: “La condición resolutoria como forma de extinción del contrato de trabajo. Las cláusulas de resultado”. *Indret: Revista para el análisis del derecho*. 2019, N.º 3, pp. 36-37. Aunque los autores sostienen que las condiciones resolutorias son más frecuentes en los contratos de deportistas profesionales, estas también tendrían cabida en una relación laboral ordinaria, en cuanto tienen por función modalizar o subjetivizar la causa socioeconómica típica del contrato de trabajo, incorporando motivaciones o propósitos subjetivos. Añaden que, en todo caso, las cláusulas en interés de las personas trabajadoras solo tendrían sentido cuando, además de facultarles a accionar la extinción de sus contratos, establezcan el derecho a percibir una indemnización.

¹¹⁰⁰ Al respecto, STSJ de Andalucía, de 27 de octubre de 2016, N.º 2890/2016 (Rec. 2953/2015): “Sentado lo anterior, es claro que la misma naturaleza del contrato suscrito -como el de la mayoría de los expatriados- se sustenta en el desplazamiento por un tiempo determinado o por una obra o servicio concreto de la empresa, para cuya realización llega a un acuerdo con el trabajador. Si el final de la obra (el cual está previsto desde el principio del desplazamiento), tuviera como consecuencia la extinción derivada de la finalización de la obra o servicio para los que se desplaza al trabajador, como si de un productor temporal se tratara, el acuerdo devendría en un auténtico fraude, pues supondría transformar una relación indefinida en otra temporal por la mera adscripción del trabajador a una obra en el extranjero que se sabe desde el inicio que se va a terminar”.

expatriación ha tenido una duración considerable, pues puede presumirse que la causa de contratación de la persona trabajadora no está vinculada a la expatriación. No obstante, si admitimos que la DDT ampara en su ámbito de aplicación la contratación para desplazar o contratación *ad hoc*¹¹⁰¹, un contrato principal suscrito con tal finalidad no podría ser caracterizado fraudulento.

Con respecto a las causas que pueden dar lugar a la extinción de la relación laboral, entendemos que serán aquellas establecidas en el artículo 49 ET, pues partimos de la premisa que el contrato principal entre las partes se ha suscrito conforme a la legislación española, la que será aplicable a la relación laboral durante la expatriación. Sin ánimo de exhaustividad, ya que un análisis pormenorizado de cada una de las causas de extinción del ordenamiento laboral español no es el objetivo de este estudio, nos inclinamos por presentar al lector algunas reflexiones propias, además de conclusiones de la jurisprudencia y doctrina judicial que resultan interesantes en materia de movilidad internacional, al aplicar las disposiciones sobre extinción de contrato de trabajo a supuestos de expatriación.

En lo que se refiere a la extinción del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, entendemos que el importe de la indemnización estará determinada por el salario que percibía la persona trabajadora durante la expatriación, pues aún si el alta de la persona trabajadora a efectos de cotizaciones de Seguridad Social subsiste hasta el retorno de éste a España, el evento que ha dado lugar a la extinción se habrá producido mientras ésta prestaba servicios en el extranjero, debiendo considerarse como salario regulador el percibido en el último mes, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A la misma solución se arribaría en caso de muerte natural de la persona trabajadora, si estimamos que continúa vigente la norma que da derecho a una indemnización de 15 días de salario¹¹⁰².

¹¹⁰¹ Con respecto a la discusión sobre el requisito de una relación laboral preexistente a efectos de la aplicación de la Directiva 96/71/CE, nos remitimos al Capítulo 4, apartado 2.2.1.2, referido al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva.

¹¹⁰² El Decreto de 2 de marzo de 1944 fija una indemnización de 15 días de salario a abonar a los familiares de la persona trabajadora fallecida. La doctrina judicial no es unánime respecto a su derogación implícita por el Estatuto de los trabajadores, existiendo resoluciones en uno y otro sentido.

Por su parte, si bien la jubilación, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta de la persona trabajadora no dan derecho a indemnización por la extinción del contrato, la base reguladora de la pensión se determinará teniendo en consideración los periodos de cotización durante la expatriación. A nuestro entender, el episodio de expatriación también finalizará si el contrato de trabajo queda suspendido por un periodo de dos años en virtud del artículo 48.2 ET –esto es, si la resolución que reconoce una gran invalidez o incapacidad prevé una revisión por mejoría–, ya que, incluso si la persona trabajadora recibe el alta tras la determinación de su mejoría, sería necesaria una evaluación de salud por el servicio de prevención para verificar su situación médica. Y en ese sentido, el expatriado o expatriada no podría retornar inmediatamente a su puesto de trabajo en el extranjero.

En cuanto a la extinción por despido disciplinario, éste debe producirse por la comisión de faltas sancionables con despido establecidas en el convenio colectivo español. Aunque es una conclusión lógica si hemos sostenido la aplicabilidad de la legislación española, es pertinente señalar que ésta se ve refrendada por las sentencias analizadas en este capítulo que involucran este tipo de despido¹¹⁰³.

Con respecto al despido objetivo por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción, la doctrina judicial ha determinado que, si la persona trabajadora ha prestado servicios indistintamente para varias empresas de un grupo, constituyendo un grupo patológico, la causa económica no puede alegarse

¹¹⁰³ A modo de ejemplo, STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2017, N.º 1062/2017 (Rec. 1790/2016), que declara procedente el despido de un trabajador expatriado que en connivencia con otros directivos en Brasil, percibieron cantidades injustificadas: “constatándose tras documentación bancaria solicitada, que las mismas no estaban aprobadas por el NOC y además, que al actor no le correspondían por su estancia en Brasil, todo ello, con ocultación a los sistemas de control de la empresa, y en las cuantías [...] apreciando esta Sala transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, al aprovechar las facultades y confianza en él depositados para fines distintos a los previstos, faltando así a la buena fe y quebrando con ello la confianza empresarial, que no admite graduaciones”.

Asimismo, la STSJ de Madrid, de 30 de mayo de 2016, N.º 378/2016 (Rec. 153/2016) declara procedente el despido de un trabajador expatriado por considerarse probada la adulteración por el trabajador de tickets para el reembolso de gastos por gasolina en el país de destino. La sentencia estima que “todos estos hechos, perfectamente relatados e identificados en la carta de despido no solo cumplen sobradamente los requisitos de forma exigidos por el art. 55.1 del ET y no le causan indefensión alguna al recurrente, sino que además constituyen infracciones graves y culpables del contrato laboral, que de acuerdo con el art. 57 del convenio colectivo de aplicación y el art. 54 del ET no dejan lugar a dudas de que la decisión de despido es proporcionada y ajustada a derecho”.

únicamente respecto a una de las empresas del grupo¹¹⁰⁴. Por otra parte, en lo que se refiere a las causas productivas, se ha estimado que en el caso de que el contrato de trabajo del expatriado o expatriada sea indefinido, la alegación de una finalización del proyecto en que éste prestaba servicios requiere acreditar la incidencia del proyecto en la producción global de la empresa¹¹⁰⁵. Asimismo, se ha estimado fraudulento el despido por causas productivas de un trabajador al que se le obliga a retornar de la misión –sin que ésta hubiese finalizado aun– para despedirle en España aduciendo que no existía un puesto de trabajo que pudiese ocupar¹¹⁰⁶.

En relación con esta última sentencia, resulta insoslayable el hecho de que la empresa podría instar el retorno de la persona trabajadora expatriada con la intención de reducir el módulo indemnizatorio, como ha advertido la doctrina judicial en alguna ocasión¹¹⁰⁷. En efecto, si ante la orden de retorno solo cabe su

¹¹⁰⁴ STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2020, N.º 553/2020 (Rec. 250/2020): “Los datos contenidos en la carta de despido se reducen a los de la empresa ASC, lo cual es absolutamente insuficiente, máxime cuando consta que es ésta la que lleva los servicios financieros así como los de recursos humanos de todas las empresas del grupo, de manera que constando que en el año 2018, anterior al despido esta empresa obtuvo unos ingresos muy superiores a los de los años anteriores y sin embargo al endeudamiento y los gastos subieron [...] debiéndose tener en cuenta que la empresa no está realmente en el mercado sino que sus únicos clientes son las demás del grupo y además que lleva los servicios financieros del grupo y controla el pase de trabajadores de una a otra empresa, por lo que simplemente con sus cuentas no puede acreditarse una situación económica negativa”.

¹¹⁰⁵ STSJ de Andalucía, de 19 de septiembre de 2019, N.º 2220/2019 (Rec. 2219/2018): “ciertamente la jurisprudencia ha venido sosteniendo que resulta válida la extinción progresiva de los contratos para obra o servicio determinado, por paulatina finalización de la contrata [...] Mas no es este el supuesto que aquí ha de analizarse [...] al actor se le expatria, en enero de 2014, con una previsión de 10 meses; esto es, en octubre o todo lo más, en noviembre de 2014, el Proyecto estaría previsiblemente terminado, sin que ello significase que el contrato del actor podía ser extinguido, toda vez que el mismo era indefinido, y no estaba vinculado a ningún Proyecto en concreto. Si la empresa entendía que con la finalización de dicho Proyecto se habían producido disfunciones en el entorno global de su actividad, que le obligasen a disminuir su producción, y a amortizar puestos de trabajo, debió acreditar tales extremos, así como la incidencia que dicho Proyecto tenía en su producción global; y nada de esto hizo; limitándose a justificar la extinción del contrato del actor, en la paulatina realización del proyecto”.

¹¹⁰⁶ STSJ de 31 de mayo de 2016, N.º 372/2016 (Rec. 958/2015): “Entendemos que la empresa ha buscado un subterfugio para amparar el despido por causas objetivas del actor, pues este venía prestando servicios con la categoría de ingeniero superior desempeñando el puesto de gerente general en el Proyecto Consorcio Constructor de la Línea 3 de Metro de Santiago de Chile que la empresa tenía adjudicado, en virtud del pacto de asignación territorial que había suscrito con el trabajador, que tenía prevista una duración aproximada de 2 años y esa obra no ha finalizado cuando se le comunica el 3 de noviembre que la expatriación finaliza el 30 de noviembre -ordinal cuarto del relato fáctico-, de hecho, el 14 de noviembre de 2014 tiene que renunciar a su condición de apoderado y a su puesto de gerente, que pasa a ser ocupado por otro trabajador -ordinal quinto del relato fáctico-, por lo que aunque en España donde es repatriado no existan puestos de trabajo que se correspondan con la categoría que ostenta, lo que en modo alguno estaría justificado es cesarle en un puesto que sigue siendo necesario, para luego pretender su despido por causas productivas”.

¹¹⁰⁷ La STSJ Madrid de 12 de julio de 2017, N.º 752/2017: “si bien el demandante fue llamado a España antes de su despido, no llegó a prestar servicios ni en España ni en ningún otro lugar, al ser despedido el mismo día

impugnación una vez acatada la misma, la persona trabajadora tiene poco margen de actuación para mantener los complementos que venía disfrutando con motivo de la expatriación. Por ese motivo, es relevante que el Tribunal Supremo haya determinado que en esa situación corresponde promediar el percibo anual de los complementos percibidos durante la expatriación que tengan naturaleza salarial¹¹⁰⁸.

En el caso de la dimisión como causal de extinción, la doctrina judicial ha estimado que la baja voluntaria en la relación laboral iniciada con una empresa del grupo en el extranjero tendría el potencial para extinguir la relación laboral primigenia con otra empresa del grupo en España, empresa en la cual el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria¹¹⁰⁹. Advirtiendo que la sentencia comentada no valora si la excedencia continuaba vigente a la fecha en que el trabajador solicitó el reingreso a la empresa del grupo en España, nos parece que la conclusión a la que arriban los sentenciadores peligrosa: no es posible obviar que quizá el motivo

en que se le ordenó presentarse en la empresa, lo que revela que la decisión de despedir estaba ya tomada cuando se encontraba en Ciudad de Panamá. Por tanto, su último puesto de trabajo real con carácter previo al despido fue el que ocupaba en ese lugar, y entenderlo de otro modo llevaría a considerar que no ocupaba puesto alguno en el momento del despido y que podía ser readmitido en cualesquiera condiciones propias de su categoría profesional. De no entenderlo así, la empresa podría usar sus facultades directivas para lograr un resultado contrario al querido por la ley, al permitir que sin haber llegado a prestar servicios en España tras ese retorno se calcule el salario conforme a un salario inferior y que la readmisión se verifique en condiciones distintas de las que regían en el último puesto de trabajo”.

¹¹⁰⁸ Para la determinación del módulo indemnizatorio, la STS de 29 de enero de 2019, N.º 63/2019 (Rec. 1091/2017) establece: “según se constata en el relato de hechos probados antes referido, el acuerdo de expatriación finalizó con la vuelta del trabajador a Sevilla el 10/06/2014, reincorporándose el trabajador a su centro de trabajo (h.p. segundo), y no fue despedido por causas objetivas hasta el 3/10/2014 (hp. Cuarto), no puede computarse el plus cuestionado de repatriación en su totalidad como se solicita, por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)”.

¹¹⁰⁹ STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2017, N.º 1262/2017 (Rec. 1022/2017). En el caso resuelto, el trabajador fue contratado por una empresa de la industria farmacéutica en España en 2004, solicitando excedencia voluntaria en 2009 para ser contratado por otra empresa del grupo con domicilio en Brasil. En 2012, el trabajador fue contratado por una tercera empresa del grupo con domicilio en Colombia, con la cual habría pactado su despido en 2016, si bien había presentado su dimisión a la empresa colombiana. Habiéndose denegado el reingreso por la empresa española, el trabajador impugna por despido y el TSJ estima: “En el hecho probado 14º de la sentencia de la instancia se dice literalmente que: “ la parte demandante, que ha admitido de forma expresa haberse producido un desistimiento unilateral [...] del mismo se deduce que la extinción del contrato de trabajo que venía manteniendo el actor por la Empresa PRODUCTOS ROCHE S.A., [empresa que le había contratado inicialmente en España] se extinguió por la causa prevista en el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores , pues el desistimiento equivale a la dimisión del trabajador por lo que no es procedente entrar a conocer y resolver de un hecho -el supuesto despido- que nunca se produjo como ha admitido el demandante expresamente y no ha impugnado este hecho, el desistimiento o dimisión, en su recurso”.

del trabajador para presentar su dimisión a la empresa extranjera era su intención de solicitar el reingreso en la empresa española.

En este sentido, aunque en capítulos anteriores hemos sostenido que no es la alternativa más protectora de la persona trabajadora a efectos de dar cobertura jurídica a la circulación internacional de trabajadores y trabajadoras en el grupo de empresas—como se demuestra en este caso—, el recurso a la excedencia voluntaria revela, a nuestro entender, una mínima intención de retorno. Si la intención de la persona trabajadora fuese continuar con su carrera en el extranjero, no dejaría abierta la puerta para retornar a la empresa primigenia mediante la vía de la excedencia.

En nuestra opinión, la existencia de una indemnización en el extranjero no es suficiente para concluir que, con su dimisión, la persona trabajadora ha querido extinguir todos los contratos de trabajo celebrados con el grupo, incluyendo el contrato principal. Una adecuada resolución del caso exigía establecer, en primer lugar, si la excedencia voluntaria mantenía su vigencia y, en segundo lugar, si la dimisión en un contrato de trabajo celebrado con una empresa del grupo puede ser considerada una causa que determine la extinción de la excedencia voluntaria, cuestión a la que hemos de responder negativamente, en atención a la interpretación restrictiva que debe hacerse de la dimisión de la persona trabajadora. Asimismo, y previo a considerar que la dimisión presentada ante una empresa concreta podía extender sus efectos a todos los contratos celebrados en el grupo de empresas, los sentenciadores deberían haber indagado en aspectos tales como

la verdadera intención del trabajador o el eventual reconocimiento de la antigüedad desde el primer contrato¹¹¹⁰⁻¹¹¹¹.

Por otra parte, la doctrina ha advertido que, en determinados supuestos, la renuncia voluntaria puede tener asociados otros efectos específicos, tales como el cumplimiento de un pacto de no competencia postcontractual que puede impedir incluso la prestación de servicios en el extranjero¹¹¹² o las cláusulas *claw back*, que obligan a la restitución de retribuciones variables vinculadas a la valoración del desempeño en el extranjero, logro de objetivos o gestiones singulares en caso de diferencias en los resultados de la empresa, negligencia de la persona trabajadora o incumplimientos previstos en la cláusula¹¹¹³. Asimismo, se ha propuesto establecer cláusulas liberatorias del compromiso de repatriación en caso de dimisión¹¹¹⁴, lo que no nos parece ajustado a derecho, pues, como se explicará más adelante, entendemos que facilitar el retorno es una obligación empresarial de restituir a la persona trabajadora en la situación previa a la expatriación.

En suma, la extinción del contrato principal supone el fin de la expatriación, en una suerte de aplicación del principio general del derecho *accessorium sequitur*

¹¹¹⁰ Distinto es el caso que se plantea en STSJ de Madrid de 10 de junio de 2015, N.º 461/2015 (Rec. 211/2015), que estima que la empresa española que había contratado inicialmente al trabajador expatriado no era la actual empleadora, en cuanto le había dado de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social al ser contratado por otra empresa del grupo para prestar servicios en el extranjero. El trabajador demandó a la empresa española ser despedido, por considerar que nunca había dimitido: “El hecho que las empresas para las que pasa a prestar servicios le reconozcan una antigüedad desde el primer contrato es debido a que pasa a prestar servicios en otras empresas del grupo y se considera lógico que se tenga en cuenta todo el período de servicios [...] el trabajador era consciente de la suscripción de un nuevo vínculo con la empresa suiza Tetra Pak Internacional SA indicándose en la documentación que Tetra Pak Resources S.A. será el nuevo empresario del expatriado y que el contrato se regirá por la ley suiza, prestando servicios durante ocho años para la empresa suiza y no para la que tiene su sede en España”. En efecto, si el trabajador hubiera querido mantener vigente el contrato de trabajo suscrito en España, debería haber impugnado la baja en la Seguridad Social en ese momento, no ocho años después.

¹¹¹¹ De todos modos, en esta investigación no se ha detectado otra sentencia que aporte una solución coincidente con el criterio utilizado en este caso.

¹¹¹² A modo de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2015, N.º 6262/2015 (Rec. 4682/2015) estima que, en cuanto la cláusula de no competencia postcontractual pactada entre las partes no efectúa distinción en función del territorio nacional o extranjero, del mayor o menor número de clientes o de facturación global, no corresponde minorar la cantidad a devolver debido a que la competencia solo se produciría en territorio español. Como es posible advertir, el pronunciamiento judicial admite tácitamente la posibilidad de ampliar el ámbito territorial de la cláusula al extranjero.

¹¹¹³ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., pp. 260-263.

¹¹¹⁴ MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana: “La expatriación...”, ob. cit., p. 264.

principale. Sin embargo, la extinción de la relación laboral y la consecuente finalización del episodio de expatriación no implica la extinción de todas las obligaciones entre las partes, especialmente aquellas que puedan surgir a partir de dicha extinción.

2.2.3.2. La finalización de la misión como consecuencia del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de la persona trabajadora.

El siguiente acontecimiento que determina el fin de la expatriación es aquel que ponga en peligro la seguridad y salud de la persona trabajadora. Tal sería el caso de la fuerza mayor –circunstancia excepcional e imprevista, ajena a la voluntad de las partes y cuyas consecuencias resultan inevitables–, así como la falta de adaptación de la persona trabajadora al lugar de destino.

Sobre la premisa de la exportabilidad de las obligaciones preventivas en materia de prevención de riesgos¹¹¹⁵, entendemos que la decisión de poner fin a la expatriación por una situación de fuerza mayor como, por ejemplo, la guerra o epidemia en el país de destino, se encuentra amparada el derecho y correlativo deber de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, establecido en el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales («LPRL»)¹¹¹⁶. En efecto, de acuerdo con el artículo 14.2 LPRL, el empresario debe realizar la prevención de los riesgos laborales adoptando “*cuantas medidas sean necesarias*”, medidas entre las cuales, en casos como los señalados, debe contemplarse el retorno a España. En ese sentido, la decisión empresarial de dar por finalizada la misión tendrá su causa inmediata y su justificación en la

¹¹¹⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: “Prevención de riesgos laborales...”, ob. cit., pp. 695-707, plantea que la expatriación no puede suponer una degradación de los estándares de seguridad y salud que se apliquen al contrato, por lo que sostiene que las obligaciones preventivas establecidas en la LPRL pueden ser «exportadas» al país de destino a través del contrato de trabajo, convenio colectivo o paquete de expatriación.

¹¹¹⁶ Y por supuesto, este deber de prevención también impone obligaciones previas al envío en misión. Al respecto, STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2012, N.º 1943/2012 (Rec. 5033/2010): “La empleadora habría incurrido en una falta de diligencia relevante y suficiente para establecer que ha realizado una actuación negligente que genera responsabilidad contractual imprudente, por no haber sometido al actor a todas las pruebas de diagnóstico necesarias para detectar la posibilidad de que pudiese haber sufrido anteriormente una primera infección por dengue antes de enviarlo en misión a la India [...] Debemos por ello concluir que la empresa no actuó con toda la diligencia exigible, porque no agotó todas las posibilidades en esta materia”.

situación de fuerza mayor, toda vez que es el lugar de trabajo, en cuanto condición laboral, el que pone en peligro a la persona trabajadora.

Por su parte, el artículo 21.2 LPRL establece el derecho de la persona trabajadora, ante un riesgo grave e inminente para su vida y salud, a “*interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo*”. Pese a que el artículo 29.2 4º LPRL impone el deber del trabajador de informar a su superior jerárquico o a los encargados de prevención, coincidimos con quien sostiene –sobre la base del derecho comparado y la legislación que sirvió como antecedente a la norma– que dicha obligación admite excepciones si la comunicación no resulta posible¹¹¹⁷. Una solución que neutralice el riesgo en forma oportuna puede entrañar mayor dificultad en un supuesto de expatriación, ya que el superior jerárquico o los encargados de prevención podrían no encontrarse en el mismo país que el trabajador o podrían ser incapaces de establecer medidas inmediatas. Sin embargo, esta circunstancia no exime a la persona trabajadora del deber de comunicar la situación de riesgo grave e inminente en forma inmediata, una vez que ha interrumpido su actividad¹¹¹⁸.

Asimismo, en cuanto el abandono del lugar de trabajo únicamente estaría justificado cuando sea necesario para obtener una protección adecuada frente al concreto riesgo grave e inminente y, en atención a que la persona trabajadora debe estar disponible para reanudar la actividad cuando cese el riesgo¹¹¹⁹, entendemos que la persona trabajadora no podría decidir unilateralmente poner fin a la expatriación y retornar a España.

En relación con este planteamiento, la doctrina judicial ha estimado procedente el despido de un trabajador que, con ocasión de la declaración del estado de alarma en España a causa de la pandemia COVID-19, decidió retornar a España

¹¹¹⁷ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*. Albacete: Bomarzo, 2015, p. 51. El autor sostiene que en Portugal y Francia se admite la interrupción directa de la actividad cuando la comunicación no es posible y que el precedente de esta norma, el artículo 11 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene condicionaba la facultad de retrasar la ejecución del trabajo a una solicitud previa fallida de medios de protección personal.

¹¹¹⁸ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La protección de los trabajadores...*, ob. cit., p. 51.

¹¹¹⁹ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La protección de los trabajadores...*, ob. cit., pp. 49-50.

desobedeciendo la orden empresarial de permanecer en el país de destino¹¹²⁰. En cualquier caso, esta situación admite un matiz que entendemos relevante: la situación de riesgo alegada por el trabajador también se producía en España, de modo que su retorno no implicaba una mayor protección de su salud respecto al país en que se encontraba expatriado. Así, un retorno provisorio a España que efectivamente proporcione una mayor protección para la vida o la salud del trabajador podría tener una solución diferente en sede judicial¹¹²¹.

Pese a lo señalado, no todas las situaciones que puedan calificarse como fuerza mayor facultarían a la empresa a poner fin al episodio de expatriación. Concordamos con quien sostiene que solo la fuerza mayor que imposibilite la prestación de trabajo tiene tal poder extintivo¹¹²², por lo que, en una aplicación por analogía de este argumento, entendemos que el fin de la expatriación únicamente puede producirse en los casos de fuerza mayor que hagan imposible la prestación en un periodo indeterminado y no solo temporalmente¹¹²³. A modo de ejemplo, no

¹¹²⁰ STSJ de Asturias, de 26 de mayo de 2021, N.º 1185/2021 (Rec. 923/2021). Estiman los sentenciadores que: “en un examen pormenorizado del comportamiento del trabajador, puesto en relación con las medidas adoptadas por la empresa y las consecuencias que de ello se derivaron para esta, la sentencia de instancia [...] Tiene por probado que la empresa prohibió la salida del país de destino, la Responsable de Recursos Humanos no autorizó al trabajador para que se constituyera en excepción a la medida adoptada por razones sanitarias, el trabajador burló la prohibición y no se atuvo a la falta de autorización para el regreso, utilizando el servicio de gestión de viajes de la empresa cambió la fecha prevista para el permiso con viaje a España el día 1 de abril y lo adelantó al 15 de marzo, de manera que con la situación de pandemia se procuró la estancia en España, con abandono del puesto de trabajo que le obligaba a permanecer en Chile, desatendiendo el proyecto de cuya responsabilidad participaba, mientras la empresa, que reaccionó de inmediato, pues elaboró el pliego de cargos el día 18 del mismo mes de marzo, hubo de asumir el coste de cuanto había dispuesto para la permanencia del trabajador en su destino, que incluía el alquiler de vivienda [...] El comportamiento del trabajador se traduce en un abierto desafío, materializado en una desobediencia, con evidentes consecuencias de perjuicio para la empresa, que se enmarca en la falta muy grave invocada por la empresa”.

¹¹²¹ Al respecto, GARCÍA BLASCO, Juan y GONZÁLEZ LABRADA, Manuel: “El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente”. *Aranzadi Social*. 1996, N.º 1 [edición electrónica], señalan que “el derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo (art. 21.2 LPRL) constituye una manifestación legal de aquella autotutela vinculada al contenido esencial del derecho fundamental del trabajador, es decir, «un poder, reconocido expresamente por la ley, que habilita a defender el propio interés mediante un acto o negocio jurídico unilateral y extrajudicial». El carácter excepcional, en tanto que poder absoluto, impide que opere la autotutela individual de forma indiscriminada. En realidad, cobra sentido allí donde la heterotutela resulte ineficaz para garantizar el derecho del trabajador”.

Sobre la base de estas consideraciones entendemos que el retorno temporal para «ponerse a salvo» en espera de medidas que efectivamente garanticen su vida y su salud sería una manifestación de autotutela, que solo podría ser sancionada en caso de mala fe o negligencia grave.

¹¹²² POQUET CATALÁ, Raquel: “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva”. *Iuslabor*. 2015, N.º 2 [edición electrónica].

¹¹²³ El fin de la misión por fuerza mayor no necesariamente coincide con la extinción del contrato de trabajo, como se desprende de STSJ de Madrid, de 16 de julio de 2015, N.º 620/2015 (Rec. 133/2015). Esta sentencia se refiere al caso de un trabajador del Instituto Cervantes destinado en Damasco, Siria. La situación bélica,

pondrían fin a la expatriación una huelga de las personas trabajadoras locales en las dependencias en que presta servicios el trabajador o eventos de la naturaleza como huracanes o inundaciones que determinen el cierre transitorio de la empresa en el país de destino, toda vez que a la empresa le asistiría la posibilidad de instar un ERTE por fuerza mayor temporal. En el mismo sentido, debido al carácter eminentemente temporal de las medidas de confinamiento, entendemos que una empresa que no hubiese puesto fin a la expatriación en el momento en que se declaró la pandemia COVID-19, no podría haber aducido posteriormente la imposición de dichas medidas como fuerza mayor extintiva para finalizar el episodio de expatriación.

Por otra parte, se ha sostenido que la falta de aclimatación a las nuevas condiciones laborales y vitales que tengan como consecuencia un perjuicio para la salud física y/o mental del trabajador también sería un supuesto que determinaría la activación del artículo 14 LPRL¹¹²⁴, de modo que la decisión empresarial de poner fin al episodio de expatriación por ese motivo también se encontraría entre los supuestos relacionados con la obligación de garantizar la seguridad y salud del trabajador. Este supuesto encuentra su justificación en argumentos similares a los anteriores, si bien en este último parece necesaria la comunicación a la empresa en relación con la falta de adaptación, en cuanto puede no ser evidente. En todo caso, debemos hacer presente que no hemos detectado sentencias que se refieran a una situación como la planteada.

En síntesis, tanto la situación de fuerza mayor permanente en el país de destino como la falta de adaptación, en el marco del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de la persona trabajadora, son circunstancias que imposibilitarían

calificada por el Tribunal como fuerza mayor, determinó el cierre de la sede en ese país, siendo el trabajador trasladado provisionalmente al Líbano. Si bien en este caso la situación de fuerza mayor determinó la extinción del contrato del trabajador, es posible entender que la misión finalizó en el momento que se decidió su traslado a Beirut (Líbano), en cuanto el trabajador había prestado servicios inicialmente en Beirut, siendo destinado a Damasco tras superar un concurso de traslados. El TSJ de Madrid estima: "Respecto a la incidencia causal del suceso en la relación laboral del actor tampoco es cuestionable: trabaja en la sede de Damasco -capital de Siria- y tal sede ha sido cerrada como consecuencia del conflicto bélico por lo que ha desaparecido su puesto de trabajo. En efecto, el traslado a Beirut fue provisional -o sea sin suponer novación contractual- y como medida cautelar dependiente y accesoria a la medida definitiva que fue el cierre de la sede del instituto Cervantes en Siria".

¹¹²⁴ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 188.

la prestación de servicios del trabajador o trabajadora expatriada, y que, en consecuencia, permitirían a la empresa determinar el fin de la misión del trabajador en el extranjero.

2.2.3.3. La imposibilidad de prestación de servicios en el país de destino por modificación o incumplimiento de su legislación.

Además de las causas mencionadas, un episodio de expatriación también puede finalizar debido a una situación objetiva ajena a la voluntad de las partes y cuya consecuencia directa es la imposibilidad de prestar servicios en su lugar de trabajo en el extranjero¹¹²⁵.

En atención a que la expatriación presupone una prestación de servicios temporal en el Estado de destino, esta circunstancia, en principio, no supondría la extinción de la relación laboral, salvo que el contrato de trabajo principal tuviese causa en la necesidad empresarial de movilidad geográfica internacional. Aunque no debe descartarse que la imposibilidad de prestar servicios en el lugar de expatriación pueda dar lugar a un ulterior despido por causas objetivas, la decisión extintiva no es una consecuencia necesaria de dicha imposibilidad, como sí lo es el fin del episodio de expatriación.

Un supuesto encuadrable en esta causal es la aprobación de normas que constituyan antecedente directo o indirecto de la imposibilidad de la persona trabajadora de prestar servicios en el Estado de destino. Es posible citar, a modo de ejemplo, las expropiaciones que afecten a las filiales de empresas españolas en el extranjero, en las cuales presten servicios personas expatriadas, como fue el caso de la expropiación de filiales de Iberdrola en Bolivia en 2012. También puede citarse la aprobación de la ley de la Federación Rusa en 2022 que castiga la difusión de información «deliberadamente falsa» con penas de cárcel, situación que determinó la decisión de los medios internacionales de suspender sus actividades en ese país y ordenar la consecuente salida de periodistas expatriados en ese país,

¹¹²⁵ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 196 y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 356. Si bien concordamos con SERRANO OLIVARES en el hecho de que la obligación de retorno existe, entendemos que esa obligación surge precisamente por la verificación de una causal que determina el fin de la expatriación.

dado que éstos no podían desarrollar su actividad laboral en esas condiciones. Pese a que también supone un riesgo para su seguridad y salud, nos parece más adecuado incluir el supuesto en esta causal, porque es la entrada en vigor de la norma la generadora del riesgo.

Otras causas más comunes están referidas al incumplimiento de la legislación migratoria, que derive en una eventual expulsión del Estado en que la persona trabajadora esté expatriada o en la pérdida del visado que autoriza a trabajar en el país de destino. Dicha pérdida puede producirse por causas ajenas a la voluntad de las partes, como, por ejemplo, un cambio en la legislación migratoria, o bien puede tratarse de una situación provocada por alguna de las partes. Pero, en cualquier caso, el hecho objetivo que impide la continuación de la misión de expatriación –y al que puede imputarse directamente esa consecuencia– es el incumplimiento de los requisitos para ejercer en éste una actividad remunerada. Asimismo, y si bien puede ir anudado a la pérdida del permiso de trabajo, otro supuesto que podría determinar la imposibilidad de prestar servicios en el país de destino es la extinción del contrato de trabajo formalizado en el lugar en que se prestan servicios, en los casos que la legislación de ese país establezca como obligatoria la suscripción de un contrato de trabajo en su territorio.

Como hemos señalado, los incumplimientos de la legislación del país de destino pueden ser provocados por una de las partes o ambas, en orden a poner fin a la expatriación y propiciar el retorno de la persona trabajadora. En cualquiera de los casos, dicho incumplimiento podría tener como consecuencia un despido disciplinario u objetivo, bien por ineptitud sobrevenida, bien por causas organizativas dada la imposibilidad de reubicación.

En este punto, resulta interesante comentar el despido de una trabajadora por supuesta falta de adaptación a las directrices de la dirección de la empresa y que traía su verdadera causa en la desidia de la empresa en la tramitación del visado y permiso de trabajo¹¹²⁶. Al contrario que a su compañero varón, que fue enviado a

¹¹²⁶ STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2012, N.º 257/2012 (Rec. 5586/2011). La trabajadora había sido expatriada a Brasil con sus hijos, llegando a ese país con visado de turista, mientras se le gestionaba la autorización de residencia. Posteriormente, la trabajadora decidió que sus hijos permanecieran en España. Debido al fallecimiento de su padre debió retornar a España y no pudo regresar a Brasil, por haber caducado el visado de turista, motivo por el cual la empresa opta por su despido.

prestar servicios a otro país mientras se regularizaba su situación, la trabajadora fue despedida, lo que determinó la declaración de nulidad del despido por discriminación por razón de sexo. Puede advertirse que el episodio de expatriación concluyó debido a la imposibilidad de prestar servicios sin permiso de trabajo, sin perjuicio de que la trabajadora fue readmitida en su anterior puesto de trabajo.

Considerando que en no pocas ocasiones la empresa se encarga de la regularización migratoria de la persona expatriada, esta última queda a merced de la gestión de la empresa a ese respecto, con los beneficios y riesgos que conlleva. El caso que hemos comentado ejemplifica que una finalización de la expatriación con causa en la imposibilidad de prestar servicios por incumplimiento de la legislación del Estado de destino podría, en ocasiones, ser provocada por la empresa con fines contrarios a derecho y con el objetivo de extinguir la relación laboral.

2.2.4. La asignación de una nueva misión internacional.

Otra circunstancia que determina el fin del episodio de expatriación en razón del ejercicio de la autonomía individual se relaciona con la designación de un nuevo lugar en el extranjero para la prestación de servicios, ex. art. 40 ET o bien, a través de un nuevo acuerdo de expatriación. En el entendido de que la fecha de inicio de la nueva misión determinará la finalización de la expatriación, salvo que las partes establezcan un pacto distinto, es necesario establecer en qué situación se encuentra la relación laboral original, pues pueden generarse diversos supuestos con diversos resultados.

En ese sentido, si la expatriación se había realizado en el ámbito de la empresa, mediando una novación contractual, subsistiría el contrato original y la asignación

Señala el TSJ de Madrid: “que los dos trabajadores fueran desplazados con meros visados de turistas en condiciones significativamente irregulares, al varón soltero, se le desplazó a Perú mientras se tramitaba (esta vez, de forma regular) su permiso de estancia y trabajo en Brasil, país en el que actualmente trabaja, en tanto que a la actora, cuando regresó a España ante el inminente fallecimiento de su padre, al no poder retornar a Brasil (por expiración del visado de turista), en lugar de desplazarle a otro país, se le despidió [...] del firme e invariado relato fáctico se comprueba el acierto de la resolución recurrida, al constatar un peor trato hacia la trabajadora, quien en lugar de ser desplazada en tanto se tramitaba su permiso de estancia y trabajo, cuando no pudo regresar al Brasil al haberle expirado el visado por la desidia en la tramitación del mismo, imputable desde luego a la empleadora, es despedida, despido en el que sin duda, influyó, su condición de madre monoparental”.

del nuevo destino podrá ser pactada por las partes o bien, adoptar la forma de una orden empresarial. Por el contrario, la situación se complica si existe un patrón plural, esto es, una sucesión de relaciones laborales con una conexión común¹¹²⁷, pues será necesario determinar qué empresa podría dar válidamente la orden –si esta es posible– o pactar con la persona trabajadora y bajo que legislación habría de ampararse. La determinación de la legislación aplicable en tal caso se realizaría de acuerdo con el Reglamento Roma I, si el lugar de prestación de servicios actual estuviese en territorio de la Unión Europea, o conforme a las normas de conflicto de la legislación del contrato de trabajo vigente, si el destino actual tuviera su ubicación en un tercer país.

Interesa recalcar que, con cada nueva misión, el vínculo geográfico original se va debilitando¹¹²⁸. Incluso en el ámbito de la Unión Europea se dificultaría la posibilidad de invocar el criterio de los vínculos más estrechos para designar como aplicable la ley española¹¹²⁹, por lo que sería necesario un pacto expreso de las partes para mantenerla como legislación rectora. De esta manera, y para salvaguardar sus

¹¹²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores...”, ob. cit.

¹¹²⁸ Y tal como señalan MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 311, una nueva misión haría perder la conexión con la legislación del país en que se desarrolló la primera misión, sin que ésta última se pueda invocar en controversias que se susciten en el nuevo destino.

¹¹²⁹ Cabe destacar la STSJ Madrid de 17 de enero de 2019, N.º 28/2019 (Rec. 803/2018) que determina la incompetencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en el caso de un trabajador de nacionalidad venezolana que prestó servicios sucesivos a distintas empresas de un grupo de empresas del sector energético en varios países, mediando diversas misiones, algunas de ellas en España. Al ser contratado por una sucursal del grupo en Rusia, la empresa que ejercía hasta esa fecha como empleadora, con domicilio en Suiza, decidió extinguir el contrato de trabajo. No conforme con esta decisión, el trabajador impugnó la extinción ante los órganos jurisdiccionales españoles por considerarla un despido.

Al respecto, el TSJ de Madrid estimó que “en la sentencia se hace un detallado recorrido por la vida laboral de D. Casimiro desde el año 2006 diferenciando los distintos contratos de trabajo suscritos con muy diversas empresas del Grupo Repsol, caracterizados la mayoría de ellos por prestar servicios en el extranjero con unas condiciones laborales (tanto económicas como familiares) que han sido de su interés, aceptando las ofertas que le fueron realizando, [...] aceptando -así hecho probado 5º- la extinción con Repsol Exploración S.A. y su baja en la seguridad social española con efectos del 31-3-2012, fecha desde la que no ha vuelto a prestar servicios ni para empresas españolas, ni en territorio español, ni en proyectos españoles, con gestión plena de los aspectos profesionales de su actividad por parte de una empresa suiza, con domicilio en Suiza, sin que pueda admitirse que el domicilio del Sr. Casimiro fuera España, cuando por el mismo se admite que lleva varios años trabajando en Rusia y últimamente en Argelia, sin perjuicio de que decidiera su familia establecerse, al menos en los últimos años, en España, y que sus viajes a este país estuvieran vinculados a visitas familiares. -que el contrato del que deriva la extinción impugnada en la demanda queda descrito en los términos del hecho probado sexto, concertado con una empresa suiza, con salario pactado en francos suizos, sometido -por pacto expreso- a la legislación suiza y al arbitraje conforme a las normas de la Cámara de Comercio Internacional, apareciendo y ejerciendo como empleador Repsol Exploration Advanced Services AG que fue quien adoptó la decisión de dar por finalizada la relación laboral”.

intereses, el debilitamiento del vínculo es una situación que las partes han de tener en cuenta al momento de asignar o aceptar nuevas misiones en el extranjero.

2.2.5. La finalización de la expatriación como consecuencia de la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo por motivos vinculados a la conciliación familiar.

Según se ha señalado en epígrafes anteriores, tanto la negociación colectiva como la voluntad autónoma de las partes pueden establecer la finalización de la expatriación por motivos de lactancia, guarda legal, cuidado del cónyuge o familiar sobrevenidos al desplazamiento o cese de la expatriación del cónyuge asignado al mismo destino, entre otras. Sin embargo, el fin de la misión como consecuencia de una medida de adaptación de la prestación laboral basada en motivos de conciliación familiar es, a nuestro entender, una causa híbrida y diferente a los que se han reseñado previamente, pues la solicitud de una medida de adaptación supone el ejercicio por la persona trabajadora de un derecho reconocido en el artículo 38.4 ET, que puede materializarse a través de la presunción de su concesión, un acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa, o bien una sentencia judicial¹¹³⁰.

Teniendo en cuenta que la expatriación puede implementarse a través de distintos mecanismos, pudiendo suponer en algunos casos la extinción del contrato de trabajo primigenio, entendemos que este supuesto únicamente puede plantearse sobre la base de la pervivencia del vínculo con la empresa establecida en España en la que se prestaban servicios con anterioridad a la expatriación. Lo anterior, puesto que, a efectos de adaptar la prestación laboral, la empresa solo está obligada a comprometer sus propios recursos.

Además, debe hacerse presente que la adaptación de la prestación solicitada por la persona trabajadora expatriada puede abarcar diversas soluciones, tales como la compactación de la jornada laboral y por ende, del periodo de expatriación, la

¹¹³⁰ Cabe añadir que, en supuestos de expatriación intracomunitaria, las fórmulas de trabajo flexible establecidas por el Estado de acogida en transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional podrían establecer también este derecho, invocable por la persona trabajadora en aplicación de la Directiva 96/71/CE.

solicitud de un destino más próximo al domicilio familiar o el trabajo a distancia – que, como hemos advertido en capítulos anteriores puede suponer una desvirtuación de la expatriación–, pero interesa centrar este análisis en la solicitud de cambio de centro de trabajo por parte de la persona trabajadora expatriada, a efectos de retornar al lugar en que residen las personas que requieren su cuidado.

Aunque el artículo 34.8 ET no establece expresamente que la modificación del lugar de trabajo o centro de trabajo es una de las adaptaciones de las condiciones de trabajo que pueden ser solicitadas por la persona trabajadora¹¹³¹, la doctrina científica y judicial aporta suficientes argumentos para posicionarse a favor de esta interpretación. En cuanto la norma establece el derecho a solicitar adaptaciones “*en la forma de prestación, incluida el trabajo a distancia*” se ha sostenido que la interpretación literal de la palabra «forma» –el modo o manera en que se hace o en que se ocurre algo– así como la interpretación teleológica de la norma, obligan a una interpretación amplia y orientada por los derechos constitucionales que son su

¹¹³¹ Artículo 34.8 ET: “Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.

En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

fundamento, sin perjuicio de que la concreta adaptación solicitada debe ser razonable y proporcionada en relación con el fin pretendido¹¹³².

Siguiendo esta idea, la doctrina judicial ha afirmado que, dada la dimensión constitucional de la norma, incardinada en el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo [artículo 14 CE] y el mandato de protección a la familia y a la infancia [artículo 39 CE], el derecho a solicitar la adaptación en la forma de la prestación no puede restringirse al trabajo a distancia, modalidad incluida por la norma con mero carácter ejemplificador¹¹³³. En consecuencia, se sostiene que, tras la ponderación de los intereses concurrentes y en los supuestos en que fuera razonable y proporcionado, el cambio de centro de trabajo es una

¹¹³² PASTOR MARTÍNEZ, Albert: “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”. *Iuslabor*, 2019, N.º 1, pp. 205-206.

El autor cita la STC 3/2007, de 15 de enero, que, en lo pertinente, establece: “La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”.

¹¹³³ STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021 (Rec. 335/2021), FJ 7: “no se ha recogido -ni indiciariamente- el contenido de la «forma de la prestación», que -a lo que creemos- no puede restringirse al trabajo a distancia, que se añade como una de las posibilidades que habilitaría. No tenemos referencias normativas claras y, por ello, nos vemos obligados a realizar una labor de interpretación amplia, comprensivo del conjunto de condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, si bien nos podría servir de orientación [...] en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado hay que partir de la base que proporciona el DRAE, definiendo como forma el «[m]odo o manera en que se hace o en que ocurre algo» -segunda acepción- o el «[m]odo o manera de estar organizado algo» -tercera-, siquiera los contornos difusos de tales descripciones llevan a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de «forma de la prestación» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, pero que se puede concretar en todos los aspectos de la prestación de servicios (no especificada en la lista del artículo 34.8 ET), que vienen a conformar el contenido del contrato de trabajo y cómo se exterioriza, siempre que permita la conciliación de la vida familiar. Lo que nos arrastra a una hermenéutica amplia, por cuanto la dimensión constitucional, en palabras de la STC 03/2007, de 15/Enero, «de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego». Ello supone -es obvio- que en los términos del artículo 34.8 ET se puedan amparar, entre otros, solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado «en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa»”.

alternativa admisible a la luz del artículo 34.8 ET¹¹³⁴. En el mismo sentido, otra sentencia añade que el trabajo a distancia mencionado por la norma ya supone un cambio en el lugar de trabajo –al igual que el cambio del centro de trabajo– y que la alusión a esta forma concreta de prestación efectuada por la norma estatutaria debe entenderse como una alternativa entre otras posibles¹¹³⁵.

Si bien es cierto que en supuestos como el que planteamos el centro de trabajo al que la persona trabajadora expatriada pretende ser trasladada se encuentra en otro Estado en relación con aquel en que se encuentra prestando servicios a causa de la expatriación, debemos señalar que la norma estatutaria no restringe a las fronteras del Estado las adaptaciones que se puedan efectuar en pos de la conciliación de la vida familiar y laboral, pues la interpretación amplia de la norma propugnada por la doctrina científica y judicial también debe aplicarse a estos casos. En nuestra opinión, si la expatriación resulta posible al amparo del ordenamiento español y si se han interpretado normas estatutarias para dar cobertura a la movilidad geográfica internacional, es lógico y perentorio facilitar el ejercicio de los derechos establecidos en el mismo cuerpo legal que ha permitido que la prestación laboral se realice en el extranjero.

Ahora bien, en lo que se refiere a las personas que pueden generar este derecho, el artículo 34.8 ET, en su redacción actual, establece que éstas son los hijos e hijas menores de doce años y también personas con las cuales la persona trabajadora conviva y tengan una necesidad de atención. Considerando que la persona

¹¹³⁴ STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021 (Rec. 335/2021), FJ 7. Comparten este criterio, entre otras, la SJS N.º 1 de Eivissa/Ibiza de 9 de agosto de 2022, N.º 210/2022 (Rec. 393/2022) y la SJS N.º 32 de Barcelona de 13 de marzo de 2023, N.º 62/2023 (Rec. 962/2022).

¹¹³⁵ STSJ de Madrid de 27 de enero de 2023, N.º 64/2023 (Rec. 1254/2022), FJ 12: “Empezaremos discrepando de la tesis de la Magistrada de que el art. 34.8, del ET, excluya la posibilidad de reivindicar el cambio de centro de trabajo para hacer efectivo y subrayamos este adjetivo, el derecho de la Sra. Alicia a la conciliación familiar/laboral. Es cierto que no se especifica esa alternativa de manera expresa. Pero el término "forma de trabajo" entendemos que ampara dicha posibilidad y más teniendo en cuenta cual es la génesis y finalidad global del precepto. Recordemos en ese sentido su última modificación por el Real Decreto-ley 6/2019, que a su vez toma como referencia Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Resulta muy indicativo a esos mismos efectos que a continuación se haga mención al "trabajo a distancia" -Real Decreto-ley 10/2021-, que supone un cambio en el lugar de trabajo - art. 2, de la mencionada norma-; sin que el propio contexto de la norma y la palabra "incluida", determine que solo sea aceptable el supuesto que acabamos de relacionar; sería una alternativa pero entre otras posibles, cual es, reiteramos la que hoy nos ocupa. Finalmente y aunque parezca lejano normativamente, si nos interesa resaltar desde el punto de vista de la conciliación, que ya desde antiguo el art. 40.3, del ET, posibilitaba el cambio de centro de trabajo del cónyuge no trasladado en inicio junto al otro y aunque tal evento fuera sometido a condición”.

trabajadora se encuentra en el extranjero al momento de solicitar la medida de adaptación, puede darse el caso de que los hijos o las personas que requieren cuidado convivan junto a la persona expatriada, o bien se encuentren separados de ésta, residiendo en España o en otro país.

En el primer supuesto, entendemos que la solicitud de conciliación puede tener que ver con la necesidad del retorno a España de la persona que genera el derecho, sea por motivos escolares, de salud, de falta de adaptación al país de destino, etc. Aunque los motivos pueden ser incontables, en este caso lo realmente importante es que las circunstancias en que se funda la solicitud de cambio de centro de trabajo sean razonables y que tal medida de adaptación pueda considerarse proporcionada por la empresa o el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En el segundo supuesto, la circunstancia de que la persona o personas que pueden generar el derecho vivan separadas de la persona trabajadora durante la expatriación puede suscitar dudas en relación con el requisito de convivencia en el mismo domicilio. Sin embargo, entendemos que ha de tenerse en cuenta que la expatriación se ha producido –en todo caso– por interés de la empresa, por lo que supondría mala fe en la negociación por parte de la empresa aducir la falta de convivencia, pues se trata de una situación que ésta ha contribuido a generar y que es precisamente lo que se pretende remediar a través de la solicitud de adaptación de la forma de prestación laboral. De todas maneras, y a efectos de prueba en un eventual procedimiento judicial, si la persona trabajadora y su familia tienen domicilio en España, la inscripción en el padrón municipal y el respectivo certificado de empadronamiento contribuirían a acreditar el domicilio elegido por la persona trabajadora en desmedro del lugar en que deber permanecer para cumplir su prestación laboral.

Sin embargo, en el caso de que los hijos o hijas menores de doce años o las personas que requieran cuidados de la persona trabajadora expatriada residan en otro Estado distinto de España, debemos plantear nuestros reparos a la posibilidad de solicitar el cambio de centro de trabajo a ese otro Estado, si es que lo hubiera. Si tras la ponderación de la razonabilidad y proporcionalidad del cambio de centro de trabajo a otro Estado éste se considerase pertinente, y a menos que la adaptación se planteara como una medida temporal, resultaría cuestionable la

aplicación de la legislación española *sine die*, pues se habría modificado el lugar de trabajo habitual. Tampoco sería posible conservar los beneficios económicos asociados a la expatriación, puesto que, como veremos, estos no son consolidables y se encuentran vinculados al puesto de trabajo ocupado en el lugar de expatriación.

Por último, en lo que respecta al derecho a regresar a la situación anterior tras la conclusión del periodo acordado o el decaimiento de las circunstancias que justificaban la solicitud de adaptación de la prestación, entendemos que la «situación anterior» sería aquella previa a la expatriación. Lo anterior, toda vez que la movilidad geográfica internacional había supuesto, en primer lugar, un ejercicio del *ius variandi* extraordinario o un acuerdo entre las partes que había modificado el lugar de trabajo original y, en ese sentido, el retorno al lugar de expatriación requeriría una nueva orden o bien, un nuevo pacto.

En ausencia de casuística que permita detectar otras causales que determinen el fin de la expatriación, debemos dar por finalizada la presente sistematización, para pasar a analizar aspectos relacionados con la articulación del retorno del trabajador a España.

3. El retorno de la persona trabajadora expatriada a España.

El retorno de la persona trabajadora expatriada al lugar original de prestación de servicios –y sus consecuencias– es probablemente el aspecto que menos tratamiento ha recibido por la doctrina científica en relación con el fenómeno de la expatriación. Sin embargo, esta deficiencia no es una característica exclusiva de la esfera jurídica, pues en el ámbito de estudio de los recursos humanos también se identifica a esta fase como una cuestión que requeriría mayor atención por parte de las empresas que expatrian personas trabajadoras¹¹³⁶. En ese sentido, es posible

¹¹³⁶ Al respecto, RAMÓN PIN, José y GARCÍA LOMBARDÍA, Pilar: “Los retos de la expatriación: aproximación empírica”, pp. 15-16. Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-86.pdf> Fecha de última consulta: 2 de agosto de 2021, han sostenido que, en bastantes casos, las asignaciones internacionales finalizan con una salida negociada de la empresa o con una renuncia del trabajador retornado, señalándose como posibles causas la pérdida de poder adquisitivo y nivel de vida, así como la limitación en las responsabilidades que significa el nuevo puesto de trabajo.

señalar que un buen cierre del proceso de expatriación, orientado a la mayor satisfacción posible de los intereses de las partes respecto a las condiciones del retorno, tendrá una incidencia notable tanto en la motivación de la persona trabajadora como en su compromiso con la empresa.

Sin ánimo de exhaustividad, el presente epígrafe pretende analizar algunos aspectos relacionados con el retorno de las personas trabajadoras expatriadas que, en nuestra opinión, requieren atención. Todo esto, con la finalidad de favorecer la reflexión de la doctrina al respecto, en aras a promover su tratamiento por las normas del ordenamiento español o por los acuerdos que las partes puedan suscribir al respecto.

3.1. Derechos y obligaciones relacionados con el retorno de la persona trabajadora expatriada.

3.1.1. El descanso compensatorio por el desplazamiento en los supuestos de adopción de una medida de movilidad geográfica.

Como se ha sostenido previamente, el artículo 40 ET únicamente es aplicable en los casos en que la expatriación es resultado de una medida de movilidad geográfica adoptada por la empresa. Consecuentemente, solo tendrán derecho al permiso retribuido establecido en el artículo 40.6 ET las personas trabajadoras sujetas de una medida de movilidad geográfica internacional.

Según dispone el artículo 40.6 ET, el trabajador sujeto de una medida de desplazamiento tendrá derecho a cuatro días de descanso en el domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, tiempo de descanso en que no se encontrarán incluidos los días utilizados para su traslado. Con respecto a este derecho, se ha señalado que tiene la naturaleza de un permiso retribuido, cuya finalidad es garantizar la conexión afectiva regular a quienes se encuentran apartados del ambiente familiar a causa de la medida de movilidad geográfica¹¹³⁷.

¹¹³⁷ SALA FRANCO, Tomás: "La movilidad...", ob. cit., p. 110, basándose en STCT de 22 marzo de 1982 y STCT de 1 octubre de 1987.

En atención a que actualmente se entiende que el régimen de la movilidad geográfica es también aplicable a la movilidad fuera de las fronteras, el permiso de cuatro días puede antojarse breve en relación con la duración del viaje hacia el domicilio para hacer efectivo su disfrute, con independencia del hecho que no se consideren como parte del permiso los días utilizados en el viaje. Por esta razón, debemos hacer presente que la jurisprudencia se ha referido a la obligatoriedad de su disfrute *in natura*, si bien admite la posibilidad de pactar su disfrute de una manera diversa, bajo la condición del respeto a su naturaleza y finalidad¹¹³⁸. En consecuencia, las partes –siempre en el marco de la expatriación como consecuencia de una orden empresarial– estarían facultadas para pactar la acumulación de los días de permiso y, de ese modo, podría favorecerse el disfrute en condiciones más ventajosas para la persona trabajadora.

Cabe señalar que, en cuanto la situación actual del transporte aéreo permite conectar diversas ciudades en un lapso relativamente corto de tiempo y a bajo coste, los requisitos de procedencia del derecho al permiso retribuido de cuatro días deben ser repensados y probablemente requieran una «actualización» –según se verá–, pues este permiso tampoco podría disfrutarse en los supuestos de expatriación en los que los viajes al domicilio tengan una duración relativamente breve y permitan la movilidad durante el descanso semanal. A este respecto, la doctrina judicial que se ha pronunciado sobre este derecho no es reciente, de modo que el contexto en que las sentencias fueron pronunciadas dista de la realidad que hoy presenciamos.

En efecto, la doctrina judicial ha entendido que, dada la finalidad del permiso retribuido del artículo 40.6 ET, la persona trabajadora no tendría derecho a éste si regresa a su domicilio los fines de semana¹¹³⁹. Es decir, se interpreta que el derecho

¹¹³⁸ STS de 28 de mayo de 1994 (Rec. 811/1993): “El derecho cuya declaración y reconocimiento se postula en la demanda, y cuyo contenido se relaciona en el primero de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, es un derecho de disfrute *in natura*, sin contenido económico, que [...] responde a la necesidad de evitar o reducir en lo posible el grave quebranto que para la convivencia familiar y para el ámbito afectivo de la persona suponen los desplazamientos de larga duración. La naturaleza de este derecho y la finalidad de la normativa que lo declara y reconoce evidencian la imposibilidad de su compensación por vía económica. Nada impide, en cambio, que la efectividad de tal derecho se produzca de forma paccionada diferente, si tales naturaleza y finalidad se respetan”.

¹¹³⁹ En este sentido, STSJ de Cataluña, de 28 de abril de 2008, N.º 3580/2008 (Rec. 5853/2006): “El derecho al descanso surge, tanto si estamos ante centros móviles como fijos, cuando la ausencia del domicilio habitual se prolongue por un tiempo mínimo de tres meses. De ahí que no pueda alcanzarse tal derecho cuando los

a permiso retribuido surge tras tres meses de desplazamiento sin regresar al hogar familiar. Sin embargo, esta interpretación no nos parece correcta, puesto que, por una parte, se impone un requisito que el artículo 40.6 ET no establece y, por otra parte, se presupone que el regreso semanal al domicilio depende únicamente de la distancia desde el lugar al que ha sido destinado el trabajador o trabajadora. En ese sentido, entendemos que el retorno semanal también dependería de factores determinados por la empresa, como, por ejemplo, el salario percibido por la persona trabajadora.

Pese a que este derecho admite su mejora a través de la negociación colectiva, esta posibilidad es escasamente utilizada¹¹⁴⁰. Por esta razón, la «actualización»

desplazamientos acaban concretándose solamente a los días laborales semana a semana, con retorno al domicilio, para el descanso semanal. Precisamente lo que el precepto legal pretende es configurar un derecho a volver cuando tal ausencia haya impedido el retorno por un tiempo prolongado, fijado en un mínimo de tres meses”.

También STSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2000, N.º 1622/2000 (Rec. 2735/1999): “frente a la interpretación literal, prima la finalista, ya que como dice el art. 3.1 del Código Civil, para ver el verdadero sentido de una norma, hemos de atender fundamentalmente a su espíritu y finalidad, el cual, en nuestro caso, es claro: la norma, para el caso de desplazamiento a población distinta de la de su residencia, concede al trabajador, por cada tres meses que permanezca desplazado, unos días de permiso, para que pueda regresar a su domicilio familiar, corriendo a costa de la empresa todos los gastos de viaje; pues bien, esa finalidad aparece ampliamente superada en el caso examinado, pues –según se declara probado– el actor, no estuvo nunca fuera de su hogar 3 meses consecutivos, sino que trabajaba de lunes a jueves, regresando cada semana a su domicilio familiar de viernes a domingo, supliendo la empresa todos los gastos de viaje”.

Aunque se trata de un pronunciamiento anterior, debe hacerse presente que en STSJ del País Vasco, de 18 de enero de 2000, N.º (Rec. 2131/1999) se admite la procedencia del permiso, si bien el trabajador había utilizado días festivos para retornar a su domicilio, por entender el TSJ que ese retorno no había interrumpido el desplazamiento: “como la única condición que se deriva del precepto en cuestión para que se dé un desplazamiento es la necesidad de residir en población distinta de la del domicilio habitual -condición que concurre en este supuesto-, sin que se contemple que la condición anterior quede desvirtuada por el hecho de que en los días festivos por calendario laboral o por acuerdo del trabajador desplazado con la empresa en determinadas ocasiones aquél regrese a su domicilio (como ocurría cuando D. Jesualdo se desplazaba hasta su domicilio en Bilbao aprovechando "puentes" contemplados en el calendario laboral o fines de semana que posteriormente eran recuperados con consentimiento de la empresa), procede considerar que durante los períodos 02.02.98 a 29.04.98 y 04.05.98 a 14.05.98 el demandante estuvo desplazado a los efectos de aplicar el art. 40.4”

¹¹⁴⁰ Si bien los ejemplos son escasos, es posible citar:

Artículo 44.2 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (BOE 19-12-2019): “Cuando la persona trabajadora estuviera desplazado por un tiempo superior a tres meses de forma ininterrumpida, dispondrá de 4 días laborables de permiso cada período trimestral en su residencia habitual (serán 5 días laborables en el caso de que el desplazamiento coincida con un día de descanso semanal de la persona trabajadora), sin que a tales efectos se computen los días del desplazamiento de ida y de vuelta”.

Artículo 37 del Convenio Colectivo de Ferrovial Servicios, SA, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 26-01-2018): “Si dicho desplazamiento es por tiempo superior a tres meses, el trabajador tendrá derecho a cinco días laborables de estancia en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento no computándose los tiempos de viaje a estos efectos, siendo los gastos de viaje a cargo de la Empresa”.

Artículo 15 del II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España (BOE 09-02-2021): “Cuando el desplazamiento supere los tres meses, se establecerá una compensación de cinco días laborables de descanso en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento. Sin computar como tales los días de viaje”.

que planteamos debería incidir en una nueva redacción al artículo 40.6 ET y, en ese sentido, establecer una duración mayor del permiso retribuido, exigiendo quizás un periodo más extenso de ausencia en el domicilio, o bien estableciendo expresamente una distinción entre movilidad geográfica nacional e internacional. Lo anterior, debido a que esta disposición fue ideada en un contexto en que los viajes tenían características muy distintas, por lo que su utilidad ha menguado tanto en distancias consideradas «cortas» a efectos de transporte, como en los casos que los viajes de la persona trabajadora a su domicilio requieren una inversión de tiempo significativa en relación con la duración del permiso.

Finalmente, si este permiso no se ha disfrutado por el expatriado o expatriada durante la asignación internacional, teniendo derecho al mismo por verificarse los requisitos señalados precedentemente, entendemos que procede entablar una acción judicial en procedimiento ordinario para demandar su disfrute *in natura*, si bien existe el antecedente de una sentencia que admite su compensación económica en metálico en caso de imposible cumplimiento por la empresa¹¹⁴¹. Al no tener señalado un plazo especial para su ejercicio, el plazo de prescripción de esta acción sería de un año conforme al artículo 59.2 ET, el cual se computaría desde el día siguiente al nacimiento del derecho al permiso retribuido.

3.1.2. La cuestión de la obligación de facilitar el retorno de la persona trabajadora al lugar desde el cual ha sido expatriada.

Finalizada la expatriación de la persona trabajadora, surge la interrogante respecto a la articulación de su regreso al lugar desde el que ha sido expatriada. Entendemos que, por lo general, la persona retornará a algún lugar situado en España, país bajo cuya legislación se ha determinado su movilidad al extranjero, si bien podría plantearse el supuesto en que la relación laboral esté regida por la legislación española y la persona trabajadora no tenga su domicilio en España (por ejemplo,

¹¹⁴¹ SJS N.º 2 de Guadalajara, de 31 de julio de 2017, N.º 279/2017 (Proc. 722/2016): “Se alude a que el trabajador debió pedir los días de libranza cuando estaba desempeñando el puesto de conductor del consejero, pero este alegato tampoco es atendible puesto que la propia administración reconoce que por necesidades del servicio el trabajador no pudo disfrutar de los días que le podrían corresponder. En definitiva la demanda debe ser estimada, en la forma interesada bien con días de libranza y si la administración no pudiera o fuese sumamente dificultoso para la organización de la misma o perjudicase el servicio deberá compensarse al trabajador en metálico”.

un trabajador transfronterizo). Asimismo, en cuanto las alternativas utilizadas para llevar a cabo la expatriación plantean diversos escenarios, es necesario analizar su incidencia en el deber de retornar al trabajador a su país de origen.

En ausencia de un pacto que regule las condiciones del regreso –que también puede suscribirse en el contexto de la extinción del contrato¹¹⁴²–, debemos señalar que la doctrina científica no solo ha abordado escasamente la cuestión del deber de la empresa de gestionar el retorno a la persona trabajadora a España, sino que los autores que se han referido a este tema han arribado a conclusiones dispares. Mientras algunos sostienen que no existe una garantía legal de retorno del trabajador, dada la ausencia de un estatuto jurídico de la persona trabajadora expatriada¹¹⁴³, otros autores plantean que el derecho a retorno está implícito en la temporalidad de la movilidad¹¹⁴⁴. Por su parte, un tercer planteamiento construye esta garantía a partir del deber de protección establecido en el artículo 14 LPRL, en cuanto el deber de repatriación sería inherente a éste, vinculándolo con la obligación legal de informar las condiciones de retorno del trabajador o trabajadora enviada a prestar servicios en otro país, en el caso que dicho retorno esté previsto¹¹⁴⁵⁻¹¹⁴⁶.

¹¹⁴² La doctrina judicial ha entendido que los gastos del retorno pueden estar previstos –o puede entenderse que lo están– en la indemnización aparejada al pacto de extinción del contrato de trabajo. STSJ de Madrid, de 2 de julio de 2007, N.º 481/2007 (Rec. 1633/2007): “nos encontramos ante un supuesto de extinción del contrato de trabajo por acuerdo de las partes -prejubilación [...] En 2º lugar, en razón a que los gastos que se reclaman, generados tras el acuerdo de extinción, no pueden sustentarse sobre la normativa que rige para los traslados, pues no se trata de un traslado de un destino a otro, sino de un pacto extintivo, plasmado en un acuerdo de prejubilación, y a cuyos términos y condiciones habrá que estar a la hora de establecer las obligaciones de la empresa, y que en el caso de autos comprendían, entre otros, un premio de 180.000 €”.

¹¹⁴³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., pp. 330-331.

¹¹⁴⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores...”, ob. cit.

¹¹⁴⁵ SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 188. La autora hace alusión a la Directiva 91/533/CEE, actualmente derogada por la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Pese a que la nueva Directiva aún no ha sido transpuesta por España, el artículo 7.1 letra d) de la nueva Directiva mantiene la finalidad de la disposición original.

¹¹⁴⁶ En todo caso, es preciso admitir que no se puede exigir el cumplimiento de una obligación de retorno del trabajador sobre la base de la información entregada por la empresa conforme a la Directiva (UE) 2019/1152. La Directiva no establece el deber de dar cumplimiento estricto a la información que se ha entregado.

Si bien es cierto que la legislación laboral española no establece una garantía explícita de retorno a la persona trabajadora expatriada, hemos de posicionarnos junto a quienes defienden que ésta es una consecuencia lógica del carácter temporal del desplazamiento y que se puede sobreentender de distintas normas, argumento que adquiere fuerza en una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y laborales.

En efecto, algunos autores han afirmado que la expatriación encontraría un reconocimiento constitucional en el artículo 42 de la Constitución Española (CE)¹¹⁴⁷, en cuanto éste prescribe que *“el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”* y que, en relación con esta norma, el Tribunal Supremo ha determinado que la Constitución Española *“no está contemplando supuestos de salidas ocasionales o por motivos extralaborales al extranjero, sino que se está refiriendo a los que se trasladan a país extranjero por causa del trabajo de acuerdo con las leyes”*¹¹⁴⁸. Esta interpretación lleva a entender que el alcance del artículo 42 CE no debe reducirse únicamente al supuesto de la emigración o movilidad para el empleo y, en ese sentido –pese a que no existen normas de desarrollo–, se ha planteado que una interpretación sistemática de este precepto constitucional, ajustada a la realidad social, debe incluir a quienes dejan el territorio en el contexto de una relación laboral¹¹⁴⁹.

Pese a la desidia legislativa, según se sostiene, la eficacia práctica de la norma constitucional no se desvanece, de manera que los órganos judiciales tendrían el deber de interpretar las cláusulas contractuales o los derechos y deberes de empresas y personas trabajadoras en el sentido más favorable a las finalidades de protección de la persona trabajadora expatriada y, particularmente, a la facilitación

¹¹⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 220; MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 222.

¹¹⁴⁸ STS (Sala Especial) de 11 de junio de 1991.

¹¹⁴⁹ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 222-223.

de su retorno¹¹⁵⁰⁻¹¹⁵¹. Dado que en este estudio se ha entendido que la expatriación en el ordenamiento español tiene un carácter temporal, una interpretación del artículo 40 ET a la luz del artículo 42 CE permitiría concluir que la empresa tiene la obligación de facilitar el retorno del trabajador o trabajadora a su domicilio habitual y al lugar de prestación de servicios desde el cual se le ha desplazado.

De todos modos, sin importar si se aplican a la expatriación las reglas para los desplazamientos o traslados –recordemos que el desplazamiento no modifica su naturaleza jurídica al superar su umbral temporal¹¹⁵²–, la empresa está legalmente obligada, bien a abonar los gastos del viaje y las dietas, bien a pactar con la persona trabajadora la compensación de sus gastos y los de los familiares a su cargo. A nuestro entender, esta obligación empresarial de abono o compensación de gastos de viaje impuesta por el artículo 40 ET es ciertamente una manifestación del deber de facilitar el retorno de la persona trabajadora, originando como contrapartida un derecho que se reconoce a cualquier trabajador o trabajadora sujeto de una medida de movilidad geográfica, sin importar su nacionalidad.

En virtud de lo señalado, entendemos que la empresa está obligada facilitar el retorno si el fin de la expatriación se produce por despido disciplinario de la persona trabajadora y en ese sentido, discrepamos de quienes sostienen que el derecho a la repatriación se perdería en este supuesto¹¹⁵³. En cuanto el despido disciplinario ha de regirse por el procedimiento sancionador, debe respetar el principio de

¹¹⁵⁰ LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*, ob. cit., p. 222.

¹¹⁵¹ En relación con el artículo 42 CE, debe hacerse presente la argumentación de la STSJ de Madrid, de 15 de abril de 2021, N.º 269/2021 (Rec. 679/2020): “por lo que respecta al art. 42 de la Constitución Española, está ubicado en el capítulo III del texto constitucional no otorgando derechos subjetivos, tratándose de un principio rector de la vida social y económica, y solo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, como por ejemplo en materia de desempleo [...] no pudiendo fundamentar, sin más un recurso de suplicación a la vista de su generalidad y de que se trata de un mandato dirigido al Estado”. Coincidimos con el TSJ de Madrid en que esta disposición no otorga derechos subjetivos, pero insistimos en su utilidad como criterio interpretativo.

¹¹⁵² Nos remitimos a lo señalado en el epígrafe 1.1.2 “El artículo 40 ET como régimen jurídico de la expatriación o movilidad geográfica internacional”, en el sentido que la superación del límite temporal solo tiene como consecuencia que al desplazamiento se le apliquen las reglas establecidas para los traslados. Es decir, el desplazamiento no se convierte automáticamente en traslado porque su duración excede de doce meses en un periodo de tres años.

¹¹⁵³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 334.

proporcionalidad: no solo es poco razonable sostener que el poder disciplinario alcanza la posibilidad de perder el derecho a la repatriación desde el extranjero, sino que el propio ordenamiento laboral no contempla tal sanción, de modo que una sanción de esa naturaleza infringiría el principio de tipicidad. Cabe añadir que la doctrina judicial ha entendido que, a efectos de la indemnización por los gastos de traslado establecida en el artículo 40.1 ET, resulta irrelevante que el regreso sea una consecuencia del despido¹¹⁵⁴. Por estos motivos, la solución que estimamos adecuada en esta situación pasa por ordenar el retorno de la persona trabajadora como medida previa a la imposición de la sanción de despido: así han procedido las empresas en los supuestos sometidos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales que hemos tenido oportunidad de analizar¹¹⁵⁵.

Haciendo eco de la doctrina judicial, si el artículo 40.1 ET no distingue entre las causas de finalización, entendemos que también existiría el deber de facilitar el retorno en el supuesto que la causa de la finalización de la misión sea la dimisión o la presentación de una excedencia voluntaria. Si la persona trabajadora fue movilizadada desde España por un interés empresarial, y con independencia de que también haya sido interés de la persona trabajadora, ha de restituírsele a la situación en que se encontraba con anterioridad a la orden de expatriación, a menos que ésta renuncie expresamente a retornar a su domicilio habitual. Este deber se extendería también a los supuestos en que la expatriación es resultado de un pacto entre las partes, pues la cláusula de exoneración de satisfacer los

¹¹⁵⁴ STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 2017, N.º 701/2017 (Rec. 302/2017): “No consta ningún otro compromiso respecto del viaje de vuelta a España, por parte de la empresa, y si bien es cierto que el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la indemnización al trabajador por los gastos del traslado, siendo irrelevante que en este caso la causa de la vuelta a España derivase de despido, lo cierto es que tal indemnización se pactó en la forma que se declaró probado, es decir mediante una cantidad fija mensual”.

¹¹⁵⁵ Como consta en STSJ de Canarias, de 28 de marzo de 2019, N.º 304/2019 (Rec. 387/2018), la empresa comunicó al trabajador el fin de su expatriación en Gambia y, producido el retorno del trabajador, inicia una investigación que finaliza con el despido disciplinario del actor. El despido fue declarado improcedente.

En un sentido similar, la STSJ de Madrid, de 3 de junio de 2016, N.º 496/2016 (Rec. 235/2016) se refiere al caso de un trabajador expatriado en Bolivia, que causó el atropello de una persona. La empresa decidió reasignarle en otra ciudad boliviana mientras se resolvía el procedimiento penal, para luego despedirle a su regreso a España aduciendo transgresión de la buena fe contractual, si bien el TJSJ de Madrid entiende que el despido sería improcedente.

Mismo procedimiento realiza la empresa en el caso planteado en STSJ de Cataluña, de 31 de enero de 2008, N.º 911/2008 (Rec. 8249/2007), en el cual se ordena a un trabajador expatriado el regreso a España, para investigar los hechos que se le imputaban y que posteriormente se entienden constitutivos de abuso de confianza, transgresión de la buena fe contractual y deslealtad. En este caso, el despido disciplinario fue declarado procedente.

gastos de repatriación frente a la renuncia voluntaria sería de dudosa legalidad al condicionar la dimisión de la persona trabajadora. En efecto, la dimisión es un derecho irrenunciable de la persona trabajadora, salvo que se suscriba un pacto de permanencia, cuyo incumplimiento supone la indemnización de perjuicios experimentados por la empresa y no el «abandono» de la persona trabajadora en el extranjero.

Con respecto a la extensión de la obligación de retorno y, de acuerdo con el criterio interpretativo proporcionado por el artículo 42 CE, entre los gastos que la empresa debe cubrir o reembolsar se encontrarán como mínimo los billetes del viaje de regreso y el transporte de los enseres personales de la persona trabajadora y de sus familiares, toda vez que el viaje de estas personas al extranjero ha tenido como antecedente la expatriación.

Cabe añadir que la doctrina judicial ha estimado que la empresa no está obligada a financiar un nuevo viaje de regreso si la persona trabajadora expatriada rechaza los billetes ofrecidos sin expresión de causa¹¹⁵⁶. Esta conclusión nos resulta perturbadora, ya que el deber de facilitar el retorno podría entenderse cumplido simplemente adquiriendo los billetes de viaje, supeditando el regreso del trabajador a la fecha de aquellos. En el caso que se ha comentado, con la excusa de compra de los billetes, la empresa impuso unilateralmente a una trabajadora expatriada un plazo de diez días para cerrar sus asuntos en el país de destino, sin acordar con ella la fecha de retorno, resultando evidente la insuficiencia del plazo otorgado por la empresa, causa implícita del rechazo de la trabajadora a los billetes.

Casos como el señalado denotan la importancia, no solo de incorporar una cláusula en el pacto de expatriación que determine los términos y condiciones en que se organizará el retorno del trabajador, sino también de los ajustes que requiere el

¹¹⁵⁶ STSJ de Madrid, de 23 de abril de 2021, N.º 387/2021 (Rec. 885/2020): “La empresa decidió despedir a la actora por causas disciplinarias, comunicándoselo a la misma el día 19 de agosto de 2019, si bien le dieron diez días para abandonar el país, sacándole un billete de vuelta a España para el día 29 de agosto [...] habida cuenta que la actora tenía que haber regresado el día 29 de agosto a España, después de transcurrir un tiempo de diez días que juzgamos prudencial para resolver los trámites pertinentes, y no lo hizo por su propia voluntad rechazando el billete que le había comprado la empresa, de manera que sería injustificado pretender que la empresa abone dos veces el traslado de vuelta a España. Si luego la demandante prorrogó su estancia en el Reino de Tonga hasta el 10 de septiembre de 2019 lo fue por su exclusiva voluntad y responsabilidad, de ahí que las consecuencias de esta decisión no se pueden imputar a un comportamiento antijurídico de la empresa”.

artículo 40 ET en lo que se refiere a los plazos para la efectividad de la orden empresarial para el retorno en el marco de una movilidad geográfica internacional, en los supuestos en que no exista un acuerdo. Y este razonamiento es válido, tanto para el término de 5 días establecido en el supuesto de desplazamiento, como si el plazo es de 30 días, debido a la obligación de atenerse al procedimiento establecido para los traslados, por haberse superado el umbral legal. En este último caso, entendemos que no solo se debería ampliar el plazo de notificación, sino que también debería ser obligatoria la concesión de un permiso retribuido a la persona trabajadora para gestionar su retorno.

Por el contrario, y por una cuestión de lógica, debe señalarse que no existiría obligación de facilitar el retorno –por ser innecesario– en los casos que se asigne una nueva misión, pues ésta determinaría la movilidad de la persona trabajadora hacia otro destino extranjero, en los términos establecidos por la orden empresarial o el pacto de expatriación. En el mismo sentido, el retorno resultaría innecesario si la persona trabajadora no tiene interés en éste: cabe reseñar que la doctrina judicial apreció mala fe en el caso de un trabajador que, habiendo sido despedido por la empresa que le había expatriado, y tras haber iniciado una nueva relación laboral en el país de destino con una empresa no vinculada a la misión de expatriación, interpuso una reclamación de cantidad por gastos de repatriación generados más de un año después del fin de la misión y de la relación laboral original¹¹⁵⁷.

Finalmente, este deber también cesaría en caso de acuerdo entre las partes que estableciese la «localización» de la persona trabajadora en destino extranjero¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ STSJ de Madrid, de 28 de septiembre de 2018, N.º 819/2018 (Rec. 274/2018): “El demandante inició actividad laboral en México prácticamente sin solución de continuidad para otra empleadora, desde septiembre de 2014 a julio de 2015, con la que también suscribió acuerdo de condiciones por desplazamiento al extranjero. Por ello, si el actor no precisó la repatriación como consecuencia de la ruptura laboral con la demandada mal cabe reclame unos gastos o una responsabilidad contractual en que no ha incurrido la empresa demandada”.

¹¹⁵⁸ La STSJ de Madrid, de 15 de abril de 2021, N.º 269/2021 (Rec. 679/2020) se refiere a un caso en el que las partes pactaron un traslado a Polonia por un periodo de cinco años, suscribiendo cinco años después una adenda a ese pacto, en virtud de la cual, si el trabajador seguía prestando servicios para la empresa en Polonia en determinada fecha, quedaría «localizado» en ese país. Señala el TSJ: “no se niega que efectivamente se pactara como duración del traslado la de cinco años. Que la consecuencia del transcurso de ese período fuera que D. Roberto iba a ser retornado en todo caso por su empresario a España, por ser un derecho reconocido a dicho empleado, no se desprende del contenido de las cláusulas específicas sobre ubicación o localización, no solo de la pactada en el 2014 sino también de la adenda suscrita solo seis días antes de que, siguiendo la tesis del recurrente, éste tuviera derecho a regresar al centro de trabajo de España”.

Lo anterior, en atención a que el artículo 40 ET dejaría de ser aplicable, puesto que la relación laboral comenzaría a regirse por la legislación del país de destino.

3.1.3. La inseguridad jurídica en el nivel funcional de la persona trabajadora tras el fin de la expatriación.

Si bien la misión en el extranjero obedecerá siempre a una necesidad empresarial, en la que se requiere la prestación de unos servicios concretos por parte de la persona trabajadora, su regreso al lugar de trabajo original puede plantear diversas problemáticas relacionadas con las funciones asignadas. En efecto, el puesto de trabajo ostentado durante la expatriación puede ser modificado, puede suceder que éste no exista en el lugar de trabajo original e incluso, es posible que no se pueda dar ocupación efectiva a la persona trabajadora.

Al respecto, se ha sostenido que la persona trabajadora no tiene asegurado a su retorno el nivel funcional alcanzado durante la expatriación, dado que no existe una garantía expresa al respecto¹¹⁵⁹. Sin perjuicio de las acciones para enervar un cambio de funciones que excedieran la movilidad funcional ordinaria y un único supuesto –según lo que se señalará– el ordenamiento laboral no contempla la preservación de las funciones desempeñadas durante la movilidad geográfica internacional.

Esta situación de inseguridad jurídica para la persona trabajadora encuentra su excepción en la negociación colectiva, puesto que una disposición expresa del convenio colectivo aplicable podría garantizarle, bien el puesto de trabajo concreto que desempeñaba durante la expatriación, bien un puesto de trabajo equivalente. En una expatriación intraempresarial, una norma convencional que estableciera esta garantía podría ser invocable tanto en el supuesto en que la movilidad geográfica internacional es fruto de una orden empresarial como en el caso de ser un pacto entre las partes, al tratarse de una disposición que el acuerdo individual no puede excluir. Por su parte, en el contexto de la expatriación en el seno del grupo de empresas, una garantía establecida en el convenio colectivo podría articularse

¹¹⁵⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: "Aspectos...", ob. cit., p. 341, únicos autores que han analizado el retorno de la persona trabajadora expatriada.

a través de la figura de la excedencia especial con reserva del puesto de trabajo. Sin embargo, el escaso tratamiento de la expatriación por la negociación colectiva al que ya nos hemos referido, hace que este tipo de disposiciones convencionales sea prácticamente inexistente¹¹⁶⁰.

Pese a que el derecho a la promoción a través del trabajo establecido en el artículo 35 CE podría erigirse como criterio interpretativo en esta materia, lo cierto es que éste ha sido aplicado en forma muy excepcional por los órganos jurisdiccionales, en el contexto de acciones de extinción del contrato de trabajo del expatriado retornado *ex. art. 50.1 letra a) ET*, esto es, modificaciones sustanciales que redunden en menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora. En efecto, la única sentencia que alude al artículo 35 CE, aunque sin desarrollar una argumentación al respecto, concluye que al trabajador se le había degradado en el puesto de trabajo que ocupaba al retorno de la expatriación, lo que constituía un menoscabo a su dignidad e incidía en el derecho a la promoción en el empleo¹¹⁶¹. Lo anterior, sin perjuicio de que la empresa había respetado su categoría profesional y su salario.

Como es posible advertir, el único remedio que proporciona el ordenamiento jurídico a la problemática del retorno y la asignación de funciones inferiores es la extinción del contrato de trabajo, siendo necesario acreditar ante los órganos jurisdiccionales que la empresa ha realizado una modificación sustancial que lesiona la dignidad del trabajador o una falta de ocupación de carácter grave. Por ejemplo, una sentencia determina la extinción del contrato de trabajo *ex. art. 50 ET* de un expatriado retornado, en cuanto la falta de ocupación se prolongó al menos

¹¹⁶⁰ En este sentido, el artículo 22 del II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía (BOE 16-07-2019) que con relación a la persona trabajadora expatriada señala: “En España se le mantendrá una situación de alta en la empresa y en la Seguridad Social. Así pues, esta situación está asimilada a una excedencia especial con derecho de retorno e incorporación a un puesto equivalente”.

¹¹⁶¹ STSJ del País Vasco, de 16 de marzo de 2021, N.º 469/2021 (Rec. 296/2021): “Apreciamos que el escalón desde el que proviene la actividad del trabajador antes de la reubicación es muy superior, y que las funciones que se acometen actualmente son ostensiblemente menores. La delicada situación de quien es repatriado, con una importante cualificación, y en una franja de edad con cierta fragilidad -recordar del riesgo y la contingencia de edad-, nos conducen a entender que la empresa ha procedido a una recolocación que supone una modificación sustancial importante, y que la misma redunde en un perjuicio de la dignidad del trabajador, que queda sometido a entender que el cambio no solo incide en su trayectoria profesional y en el derecho a la promoción en el empleo a la que alude el art. 35 CE, sino que redunde en su propia dignidad”.

por un año, si bien nominalmente el trabajador regresó al mismo puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad a la expatriación¹¹⁶².

Sin embargo, un análisis de las sentencias referidas a este tipo de casos permite sostener que los órganos jurisdiccionales reservan esta «solución» para los casos de gravedad extrema. En efecto, se ha detectado un número mayor de sentencias que optan por rechazar la extinción del contrato de trabajo del antiguo expatriado y, en ese sentido, los tribunales han entendido que la reducción de personas a cargo, el descenso en el volumen de trabajo o la diferente denominación del cargo en la empresa no constituyen menoscabo a la dignidad¹¹⁶³.

¹¹⁶² STSJ de Madrid, de 23 de abril de 2018, N.º 373/2018 (Rec. 1395/2017): “Ha de entenderse acertado el criterio aplicado por la sentencia de instancia para estimar la demanda. Así se pone de manifiesto [...] de la situación del demandante tras haber finalizado el período de expatriación, al señalar que desde entonces “no se le han asignado proyectos ni dado pautas”, que las funciones que realizaba en Brasil, las ejecuta otro trabajador desde Madrid, y que aquel figura en el organigrama de la empresa como director comercial en el departamento comercial. Se afirma en el fundamento de derecho séptimo, valorando la prueba, que en su puesto de trabajo el actor está sin hacer nada, a diferencia de otros trabajadores de su misma categoría que mantenían reuniones o hacían viajes. A esta circunstancia no cabe objetar, como sostiene la demandada, que nada tiene que decirse al actor sobre las funciones que ha de realizar porque su función es vender, dada su categoría profesional. En consecuencia, la actuación empresarial se califica por la Juzgadora como incumplimiento grave y culpable concretado en la ausencia de indicación de funciones cursadas al trabajador sobre el trabajo a desempeñar”.

¹¹⁶³ Rechaza la extinción del contrato de trabajo, por entender que no existe un menoscabo a la dignidad del trabajador, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de enero de 2022, N.º 68/2022 (Rec. 2494/2021): “Si bien de forma temporal, y derivado del acuerdo de expatriación el actor desempeñó funciones como Gerente de Proyectos en su destino en Brasil, las funciones que tenía encomendadas antes y después de dicha marcha, no se correspondían con el citado rol, pues esencialmente desempeñaba antes de su marcha funciones de jefe de obra (salvo un periodo en 2010), funciones que se mantuvieron a su vuelta en las obras de Madrid y Zaragoza.

De ello no puede inferirse que se haya producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo que afectase a la dignidad del trabajador, ni que tampoco pueda advertirse una rebaja en las condiciones salariales que afecte a la misma, desde el momento en que no se parte de elementos similares, pues los acuerdos de expatriación, suelen contener condiciones más beneficiosas para paliar los efectos negativos que en su caso pueda producir el traslado a otro país, sin que el importe salarial correspondiente a la vuelta a España del actor, haya sufrido una merma como así se indica”.

En el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 5 de febrero de 2020, N.º 104/2020 (Rec. 953/2019): “Según tiene reiterada la jurisprudencia, que por inveterada excusa su cita, para que pueda prosperar la acción ejercitada en el presente procedimiento deben concurrir conjuntamente los dos requisitos citados, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, y otro que la decisión de éste resulte lesiva para la dignidad del trabajador [...] no ha quedado acreditado ninguno de los dos extremos antes citados, por cuanto, la actora, desde la suscripción de su contrato de movilidad internacional con fecha 01/09/2012 (folios 284 a 290) presta servicios como Directora de administración zona EEUU y Canadá (Hecho Probado Tercero), y si bien es cierto que en el año 2012 tenía a su cargo 17 personas en atención a la actividad que se desarrollaba en Norteamérica, y que el personal a su cargo se ha visto reducido, ello obedece a la reducción de la producción en la zona, con la correspondiente reducción de estructura y de costes de gestión [...] Y ya para terminar, hemos de indicar que las funciones y responsabilidades que realizan sus homólogos son las mismas, de modo que sólo varían las tareas efectivamente desarrolladas en atención al volumen de negocio (Hecho Probado Undécimo); y que D^a. Vicenta ha visto reducido su trabajo diario, pero no su responsabilidad”.

También STSJ de Madrid, de 2 de noviembre de 2010, N.º 751/2010 (Rec. 1733/2010): “Cuando el demandante, que tiene 62 años, fue enviado a Malasia otra persona fue nombrada para el cargo que ocupaba [...] Es cierto que se había pactado que su reincorporación en la factoría de Palmones sería a su puesto de trabajo de Jefe de Departamento, sin embargo la empresa ha efectuado la misma en el puesto de Adjunto a la

Junto al inconveniente de su interpretación restrictiva, el recurso a la extinción del contrato de trabajo del expatriado *ex. art. 50 ET* como única solución a la regresión profesional del expatriado retornado nos parece perjudicial para la persona trabajadora. A nuestro entender, la atribución de funciones inferiores podría convertirse en un subterfugio utilizado por la empresa para deshacerse de la carga de un trabajador que, una vez cumplida la misión en el extranjero, ya no resulta útil a los intereses empresariales. Asimismo, teniendo en consideración que con el retorno dejan de abonarse los conceptos salariales ligados a la expatriación, la indemnización a pagar sería incluso más económica, toda vez que el salario regulador de ésta sería inferior al salario devengado durante la misión.

Por lo señalado, y teniendo en consideración que una norma convencional sería aplicable tanto a la expatriación *ex. art. 40 ET* como a aquella que es fruto de un acuerdo, nos parece indispensable estimular la negociación colectiva respecto a las condiciones de retorno de la persona expatriada, especialmente en lo referido a las funciones a desempeñar. Argumentos como la seguridad jurídica y la posibilidad de establecer una regulación flexible, que pueda tener en consideración los intereses de las empresas y las personas trabajadoras, hacen que esta alternativa se erija como la mejor solución a la problemática que hemos expuesto.

dirección de la fábrica, con rango equivalente al de jefe de departamento pero esa modificación no consta acreditada que haya redundado en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. No está vaciado de contenido. Le continúan encomendando tareas de responsabilidad propias de su categoría profesional -ingeniero- y del rango de jefe de departamento”.

Asimismo, STSJ de Madrid, de 28 de junio de 2005, N.º 526/2005 (Rec. 819/2005): “no habiendo el actor aceptado ninguno de los puestos de trabajo que se le ofrecían, no puede achacarse a la empresa la falta de ocupación efectiva, porque si se le han propuesto funciones, que ha rechazado sistemáticamente, sin que tampoco pueda acreditarse que las tareas encomendadas fueran impropias de su categoría o perjudiciales para su formación porque, no habiéndose incorporado no puede conocerse la realidad del puesto ofrecido”.

3.2. Las condiciones laborales de la persona trabajadora tras la expatriación.

3.2.1. La repercusión de la misión de expatriación en los derechos derivados de la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa.

Como hemos visto a lo largo de estas páginas, la modificación del lugar de prestación de servicios con destino en el extranjero no sólo tiene repercusiones en la propia relación laboral, sino que incide en aspectos tales como la situación migratoria del trabajador y los derechos de seguridad social, entre otros. Desde la perspectiva de la relación laboral, es muy probable que tanto la expatriación como el retorno al lugar de trabajo habitual traigan consigo otro tipo de modificaciones, relativas a las funciones desempeñadas y/o las condiciones laborales, como se verá. Sin embargo, la eventual irrupción de un nuevo contrato de trabajo tendrá una particular importancia, debido a su incidencia en la relación laboral original, y cuyos efectos serán diversos según la fórmula jurídica adoptada para llevar a cabo la expatriación.

Una problemática importante relacionada con las fórmulas de expatriación que mantienen latente el contrato de trabajo se refiere a los derechos derivados del tiempo de vinculación con la empresa, también conocidos como «antigüedad». Estos derechos no sólo inciden en el aspecto retributivo o la determinación de indemnizaciones, sino que abarcan materias tan diversas como el ejercicio de derechos electorales o la promoción profesional¹¹⁶⁴.

En lo que se refiere la suspensión del contrato de trabajo, se ha planteado que no procedería añadir el tiempo de suspensión al cómputo de la antigüedad en supuestos de suspensión mutuo acuerdo de las partes o causas válidamente consignadas en el contrato, por ser situaciones suspensivas imputables a la persona trabajadora¹¹⁶⁵. Sin embargo, en obras más recientes, otros autores

¹¹⁶⁴ SOLÀ MONELLS, Xavier: *La suspensión...*, ob. cit., p. 479.

¹¹⁶⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 234 y PEDRAJAS MORENO, Abdón: *La excedencia laboral y funcionarial*. Madrid: Montecorvo, 1983, p. 368.

consideran que el tiempo de suspensión del contrato de trabajo sí es computable para efectos de antigüedad, constituyendo una obligación del empleador que deriva del principio de buena fe contractual¹¹⁶⁶. Esta conclusión se respalda en el argumento de que las disposiciones del ET no atribuyen a la suspensión más efectos que la exoneración de trabajar y remunerar el trabajo, así como en la previsión expresa del cómputo del tiempo a efectos de antigüedad en el caso de la excedencia forzosa, figura que tiene la misma naturaleza que las causas suspensivas¹¹⁶⁷.

A nuestro entender, la suspensión del contrato original en el contexto de una expatriación no podría considerarse una situación suspensiva imputable únicamente a la persona trabajadora, pues la suspensión no se llevaría a cabo de no mediar también el interés de la empresa en dicha movilidad, en cuanto integrante del grupo de empresas. Y en efecto, dado que en estricto rigor el trabajador seguirá prestando servicios con beneficio –aun cuando este sea mediato– para la empleadora original, el tiempo que el contrato de trabajo permanezca suspendido para dar lugar a la expatriación del trabajador debe computar para efectos de antigüedad.

En cambio, en el caso que las partes suspendan el contrato de trabajo original mediante una excedencia voluntaria, se ha sostenido por la doctrina que el tiempo de excedencia no devengará antigüedad, si bien la persona trabajadora recuperará la que tenía en la empresa al momento de iniciarse la excedencia, si se produce la readmisión o la empresa niega indebidamente el reingreso¹¹⁶⁸. Este razonamiento se sustenta en que, en las excedencias forzosas, la ley hace un reconocimiento expreso del derecho al cómputo de la antigüedad, de modo que en el supuesto de la excedencia voluntaria el silencio de la ley permite inferir que tal efecto no se

¹¹⁶⁶ RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato...*, ob. cit., p. 128.

¹¹⁶⁷ RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato...*, ob. cit., pp. 121-122.

¹¹⁶⁸ ARGÜELLES BLANCO, Ana: *La excedencia laboral voluntaria*. Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 292-293.

produce¹¹⁶⁹⁻¹¹⁷⁰. Un argumento que tiene sentido si se considera que la excedencia es un derecho de la persona trabajadora, respecto del cual la empresa debe reconocer su procedencia si se verifican los requisitos legales¹¹⁷¹.

Sin embargo, a nuestro parecer, estos argumentos no podrían invocarse frente a una excedencia voluntaria que cuya finalidad haya sido articular una expatriación en el marco del grupo de empresas. En estos casos la persona trabajadora sí habrá prestado servicios efectivos al grupo de empresas –sea al grupo en su totalidad o a una empresa perteneciente al grupo– y, aunque la opción de la movilidad internacional surja de su propia iniciativa, la expatriación no podría efectuarse sin mediar el consentimiento de la empresa receptora de la prestación de servicios, con la cual formalizará un nuevo contrato de trabajo. De este modo, desde el momento en que es necesario el consentimiento de la empresa de destino, no parece posible concebir a la excedencia voluntaria en el marco de una expatriación como el mero ejercicio de un derecho por parte de la persona trabajadora, que justifique la pérdida del devengo de la antigüedad. Lo anterior, por cuanto la empresa o el grupo al que ésta pertenece no sólo obtiene beneficio de la situación de excedencia voluntaria, sino que sus directivos han debido aprobar al menos tácitamente la movilidad del trabajador o trabajadora¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ ARGÜELLES BLANCO, Ana: *La excedencia...*, ob. cit., p. 292.

¹¹⁷⁰ En ese sentido, STSJ de Murcia, de 16 de julio de 2010, N.º 522/2010 (Rec. 495/2010): “La pretensión principal del actor, en el sentido de que se compute como antigüedad a efectos de indemnización desde el 1/10/1997, sin ininterrupción, no puede prosperar, dado que, de conformidad con los términos del artículo 46.1 del ET, solo sería ello procedente en los caso[s] de excedencia forzosa.

Sin embargo, tratándose de excedencia voluntaria, -aunque existan dudas en cuanto a la situación del contrato de trabajo durante el periodo de excedencia voluntaria, dado que el artículo 45 del ET no contempla tal situación como causa de suspensión-, una vez que el trabajador ha conseguido reingresar en la empresa, los tiempos de servicios prestados para la misma con anterioridad al inicio del periodo de excedencia, deben de ser computados a efectos del cálculo de la indemnización a la que tenga derecho en caso de posterior despido que sea declarado improcedente”.

¹¹⁷¹ RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato...*, ob. cit., p. 232.

¹¹⁷² La STS de 24 de Enero de 1990 estima que “no puede desconocerse que, en el presente caso, esta situación de suspensión temporal del vínculo jurídico-laboral obedeció a razones distintas de la propia y exclusiva voluntad del trabajador, pese a que, formalmente, en esta última se hiciese descansar la constitución de dicha excedencia en el trabajo [...] Las circunstancias que determinaron esa controvertida situación de excedencia voluntaria, los efectos atribuidos a la misma que vinieron a comportar el mantenimiento de la retribución salarial sin prestación de trabajo y el sentido jurídico que le atribuye la sentencia en trance de ejecución impiden, en este caso, excluirla en el cómputo de la antigüedad estimable a los fines de determinación del «quantum» indemnizatorio”.

En doctrina judicial más reciente, cabe mencionar la STSJ de Canarias (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 2006, que estima que la situación de unos trabajadores que formalmente se encontraban en excedencia

Una interpretación distinta de la señalada podría favorecer la elusión de obligaciones por parte de la empresa empleadora, mediante la utilización de la fórmula de la excedencia voluntaria para articular la expatriación. Entender que los servicios prestados a las empresas del grupo no pueden considerarse a efectos de cómputo de antigüedad tiene consecuencias lesivas para la persona trabajadora, pues implicaría una «renuncia» al derecho de reingreso y al derecho de devengo de la antigüedad. De tal modo, a menos que existiera una contraprestación que compense la pérdida de estos derechos, la utilización de esta alternativa pondría de manifiesto la desigualdad en el poder negocial de las partes.

Por último, cabe destacar que estas consideraciones son atendidas por la doctrina judicial, incluso cuando se ha producido una extinción de contrato con el objeto de permitir la movilidad de la persona trabajadora entre empresas del grupo. En ese sentido, se ha determinado que la movilidad de los trabajadores y trabajadoras no puede dar lugar a la pérdida de derechos consolidados por éstos, produciéndose una sucesión de empresas impropia que permite atribuir a la última empresa contratante la antigüedad de la persona trabajadora en otras empresas del grupo¹¹⁷³.

voluntaria es más cercana a una suspensión de contrato de trabajo. Entre otros argumentos, la sentencia ratifica la decisión de primera instancia porque “existe una preocupación de hacer constar la razón de esa «excedencia» [y] que de la propia redacción de los documentos se advierte el interés mutuo de trabajador y empresa en que el primero se coloque en situación de excedencia, llegándose expresamente a decir «estando de mutuo acuerdo con la empresa...»”. De este modo, podría sostenerse que el interés mutuo de las partes – que en un supuesto de expatriación vendría dado por la aquiescencia del grupo de empresas para llevar a cabo la movilidad– podría transformar una situación calificada formalmente de excedencia voluntaria en una suspensión del contrato de trabajo, con las respectivas consecuencias en materia de reserva de puesto de trabajo y antigüedad.

¹¹⁷³ La STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2007, N.º 3045/2007 (Rec. 342/2007) estima que “l'element voluntari no enerva la continuïtat de la relació laboral, fins i tot en els casos en que prestin serveis en empreses del mateix grup en diferents països, per molt que la seva estructura sigui diferenciada, si la qüestió s'aborda des de la perspectiva de la simple mobilitat geogràfica. Certament podria pensar-se, però, que la nota de cessament voluntari en cada empresa -si existí- pot ser limitadora de la continuïtat del vincle. Volem destacar, però, que no es deriva dels documents que es citen aquests elements de cessament o baixa voluntària, si més no, amb efectes constitutius [...] En efecte, resulta perfectament possible en la nostra realitat jurídica - com així ocorre, com veurem, en les presents actuacions- que dins del mateix grup existeixi una mobilitat de plantilla, sense que d'aquest fet es pugui derivar, d'entrada, l'existència d'una unitat d'empresa, amb generalització del règim de responsabilitats. I una altra cosa molt diferent és que la dita mobilitat comporti una pèrdua de drets consolidats dels treballadors. En altres paraules, si arribéssim a la conclusió -com així serà- que no existeix responsabilitat de la filial alemanya no tenim perquè forçosament concloure que l'antiguitat de l'actora és la corresponent al darrer contracte signat amb la filial espanyola, atès que és perfectament possible una successió d'empreses - certament impròpia, en puritat doctrinal- dins del mateix grup”.

3.2.2. El carácter no consolidable de los conceptos retributivos vinculados a la expatriación.

Como se ha señalado en capítulos anteriores, un episodio de expatriación está vinculado al abono de ciertos desembolsos extraordinarios derivados de la movilidad geográfica internacional, desembolsos que se encuentran contemplados en el artículo 40 ET. Conforme a esta disposición, la empresa viene obligada al abono de dietas y gastos de viaje ocasionados por el desplazamiento, o bien a la compensación de los gastos de la persona trabajadora y familiares a su cargo en los que se incurra con ocasión de la expatriación, si se atiende a las reglas de los traslados.

Esta obligación de abono de gastos, de naturaleza no salarial –de conformidad con el artículo 26.2 ET–, constituye el mínimo garantizado a la persona trabajadora expatriada, el cual puede experimentar mejoras derivadas de las disposiciones del convenio colectivo, las políticas corporativas en materia de expatriación, así como del propio pacto de expatriación entre las partes. No obstante, dado que las mejoras se traducen por lo general en nuevos conceptos retributivos, consistentes en retribuciones en metálico y salario en especie que se incorporan al salario del trabajador, la finalización del episodio de expatriación puede antojarse perjudicial para éste en términos económicos. Y es que, en principio, la percepción de los conceptos salariales ligados a la movilidad internacional cesaría con el regreso a España.

Esta circunstancia encuentra su explicación en las normas del ET referidas al salario del trabajador: además de la causa genérica referida a la retribución de los servicios prestados, todo complemento salarial tiene una causa específica que determina su régimen jurídico, esto es, el carácter consolidable o no consolidable del complemento¹¹⁷⁴.

En cuanto puede estimarse que la causa específica de los complementos asociados a la expatriación es la compensación por el mayor esfuerzo y los

¹¹⁷⁴ LLOMPART BENÀSSAR, Magdalena: El salario: concepto, estructura y cuantía. España: La Ley, 2007 [Edición electrónica].

sacrificios vitales y familiares que implica la modificación del lugar de trabajo en un destino extranjero¹¹⁷⁵, se ha entendido que éstos han de ser catalogados como complementos vinculados al puesto de trabajo¹¹⁷⁶, interpretación que suscribimos¹¹⁷⁷. Si bien se sostiene que la delimitación entre este tipo de complementos y los de calidad y cantidad es difusa –ya que, por ejemplo, un complemento de destino en el extranjero podría compensar la disponibilidad y flexibilidad de la persona trabajadora para obtener mayor productividad¹¹⁷⁸–, lo cierto es que el artículo 26.3 ET atribuye el carácter de no consolidable a ambas categorías de complemento.

De acuerdo con lo expuesto, el retorno de la persona trabajadora a España determinará que los conceptos vinculados con la expatriación pierdan su fundamento, de manera que la empresa estará legalmente facultada para proceder a su supresión, dado su carácter no consolidable. En todo caso, al tratarse de una norma dispositiva, la autonomía colectiva o, subsidiariamente, la autonomía individual, podrían establecer el carácter consolidable de los mismos¹¹⁷⁹.

En ese sentido, si bien la negociación colectiva podría establecer el carácter consolidable de un complemento vinculado a la expatriación, lo cierto es que parece poco probable no hemos detectado normas convencionales que establezcan esta solución, salvo la preservación de forma temporal del salario percibido durante la

¹¹⁷⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: “La retribución del expatriado...”, ob. cit., p.461.

¹¹⁷⁶ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., pp. 320-325.

¹¹⁷⁷ De todos modos, debemos reconocer que la cuestión presenta escasa litigiosidad, pues solo se ha detectado un caso, resuelto por STSJ de Aragón, de 4 de julio de 2012, N.º 392/2012 (Rec. 343/2012), que confirma la existencia de una condición más beneficiosa en el abono anual de una cantidad fija a un trabajador expatriado. La empresa alegaba que, al tratarse de un complemento por cumplimiento de objetivos, constituía un complemento de puesto de trabajo no consolidable.

Señala el TSJ: “se declara probado que en ningún momento la empresa ha hecho la determinación del cálculo de incentivos, ni ésta ha estado sujeta a fórmula alguna, pese a lo cual abonó al actor la cantidad de 30.000 euros anuales en cada uno de los años 2008, 2009 y 2010 [...] la reiteración en el abono por parte de la empresa de la mentada cantidad de 30.000 euros anuales, sin precepto legal o convencional que le obligara a hacerlo (no se ha probado que sea el resultado de la compleja fórmula de cálculo establecida en el primer contrato de trabajo), así como el abono en 2010 tanto de un bonus de 60.000 euros como de la gratificación de 30.000 euros, obliga a concluir que nos encontramos ante una condición más beneficiosa, que se integró en la retribución de este trabajador y que no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por el empleador”.

¹¹⁷⁸ MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica...*, ob. cit., p. 322.

¹¹⁷⁹ LLOMPART BENÀSSAR, Magdalena: *El salario...*, ob.cit.

expatriación¹¹⁸⁰. Por su parte, la doctrina judicial analizada solo da cuenta, a través de la transcripción de los pactos de expatriación en los textos de las sentencias, de estipulaciones referidas al carácter no consolidable de los complementos salariales¹¹⁸¹.

Así las cosas, la distinción entre complementos consolidables o no consolidables en materia de expatriación tiene directa incidencia en la determinación de la estructura del salario tras la expatriación. No obstante, tal como se ha señalado por algunos autores¹¹⁸², en el supuesto de que se determine el fin de la misión y el consecuente retorno con la finalidad de extinguir el contrato del trabajo –sin solución de continuidad– los complementos no consolidables también deberán ser considerados a efectos de establecer la indemnización. Así lo ha entendido también la jurisprudencia¹¹⁸³, determinando asimismo que, en los casos que el despido se

¹¹⁸⁰ El artículo 57 del Convenio colectivo de la Agencia EFE (BOE 15-10-2010) establece que “concluido su destino en el extranjero, el trabajador tendrá derecho a: una licencia retribuida de quince días; a mantener durante los tres meses siguientes su salario en el exterior y a una compensación para ayuda de vivienda, estimada en función del lugar de retorno, durante tres meses”. Si bien esta disposición extiende la vigencia de los complementos salariales percibidos por el trabajador en razón de la expatriación, no es posible sostener que los convierte en complementos consolidables.

¹¹⁸¹ A modo ilustrativo, STSJ de Canarias, de 13 de febrero de 2019, N.º 125/2019 (Rec. 711/2018): “Hecho Probado 5º, pasa a decir: [...] La cláusula quinta señala que, durante la asignación recibirá un complemento de expatriación que asciende a 12.064 €/brutos/año y que dicho concepto se devengará por cada día de expatriación y se abonará mensualmente. La cláusula decimoprimeras dispone que, cuando finalice la asignación, salvo que de mutuo acuerdo se establezca otra cosa, en ningún caso le seguirán siendo de aplicación los conceptos que se enumeran en la cláusula quinta, pues tienen naturaleza de puesto de trabajo y, por tanto, no tienen carácter consolidable”.

STSJ Madrid de 27 de abril de 2016, N.º 368/2016 (Rec. 40/2016): “en relación al salario se especifica que recibirá un sueldo bruto fijo anual de 85.000 euros; un complemento de expatriación donde se especifica “que en ningún caso tiene carácter consolidable, por lo que dejará de serle abonado o proporcionado desde la fecha en que se produzca su retorno al país de origen, cese en la prestación de servicios o se quede con carácter permanente en el país de destino”; por el concepto de expatriación percibe 76,5 euros bruto días; seguros póliza de seguro médico y seguros vida y accidentes, más los viajes que se especifican. En dicho documento acuerdan que a la terminación de la asignación y regreso en ningún caso se seguirá abonando los conceptos que se recogen en la cláusula quinta de dicho acuerdo, pues según se recoge en dicho documento “tiene naturaleza de complemento de puesto de trabajo y no es consolidable, al ser local de expatriación, al actor también se le da vivienda”.

¹¹⁸² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos...”, ob. cit., p. 350.

¹¹⁸³ STS de 17 de junio de 2015 (Rec. 1561/2014): “lo cierto es que la repatriación a nuestro país, notificada el 14-9-2012, tuvo un carácter eminentemente formal, no solo porque la decisión extintiva ya estaba realmente tomada por la empresa con anterioridad (el 6-8-2102 inició el ERE) sino, sobre todo, porque el acuerdo con la RLT es del 19-9-2012 y -obviamente- ni siquiera entonces el trabajador había podido llegar a percibir efectivamente el nuevo salario, por lo que el últimamente satisfecho solo pudo ser el anterior [...] Atribuir formalmente a la extinción efectos del 31-11-2012, como consta en la comunicación individual de despido (h. p. 13º), o mantener hasta entonces aparentemente el vínculo laboral bajo la fórmula del “permiso retribuido”, no parece constituir más que un artificioso intento de burlar el monto correcto de la indemnización por despido”.

produzca en una época relativamente próxima al retorno, el módulo indemnizatorio debe incluir la parte proporcional de los pluses de naturaleza salarial percibidos durante la expatriación, pues de lo contrario, el retorno sería una forma artificiosa de evadir el importe correcto de la indemnización¹¹⁸⁴.

Finalmente, entendemos que la reflexión anterior es válida tanto si la movilidad internacional se ha desarrollado en el ámbito de una empresa, como si existe un patrón plural, con varias relaciones laborales entre la persona trabajadora y las distintas empresas del grupo. En este último caso, debe hacerse presente que el retorno a la empresa con la cual se mantenía la relación laboral original tendría como consecuencia la recuperación de la estructura salarial original, en la que nunca se habría percibido complemento alguno a causa de la expatriación. Por esta razón, en el supuesto de un patrón plural en que se extinga la relación laboral original inmediatamente tras el retorno, concordamos con quienes sostienen la irrelevancia de que una o más empresas estén implicadas en los pagos de estos complementos («*split payroll*»), pues las percepciones salariales conformarían un todo unitario a efectos de la indemnización¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁴ STS de 29 de enero de 2019, N.º 63/2019 (Rec. 1091/2017): “teniendo en cuenta que, según se constata en el relato de hechos probados antes referido, el acuerdo de expatriación finalizó con la vuelta del trabajador a Sevilla el 10/06/2014, reincorporándose el trabajador a su centro de trabajo (h.p. segundo), y no fue despedido por causas objetivas hasta el 3/10/2014 (hp. Cuarto), no puede computarse el plus cuestionado de repatriación en su totalidad como se solicita, por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)”.

¹¹⁸⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: “La retribución del expatriado...”, ob. cit., pp. 509-510.

CONCLUSIONES

Aunque las migraciones por motivos laborales seguramente sean algo coetáneo al propio fenómeno del trabajo, lo cierto es que la globalización ha supuesto, entre otros cambios en el ámbito del empleo, el incremento y diversificación de la movilidad de las personas trabajadoras. En este contexto, es posible distinguir un fenómeno migratorio en virtud del cual las empresas desplazan a las personas que prestan servicios para ellas, con la finalidad de conseguir mercados en otros países o regiones.

Tras la indagación de los aspectos que identifican este fenómeno, ha sido posible advertir que sus límites no están claramente establecidos y que las distintas disciplinas académicas adoptan diferentes perspectivas para la caracterización de la expatriación o movilidad internacional *en* el empleo. Esta falta de consenso alcanza también a la doctrina jurídica e incide en la construcción de una teoría general sobre la expatriación.

En este escenario, se ha entendido oportuno, cuando no necesario, la proposición de un estudio que, a través del análisis de los diferentes planteamientos doctrinales desarrollados en relación con la expatriación de personas trabajadoras, examine la evolución de las normas que la regulan y proporcione una panorámica actualizada de los criterios de la jurisprudencia europea y española, contribuyendo al desarrollo de la teoría sobre esta figura jurídica en la que se sugieran propuestas de *lege ferenda* para las problemáticas detectadas.

El desarrollo de esta tesis se estructura en cinco ítems que han de servir para una comprensión global e interrelacionada de los distintos elementos que conforman o caracterizan la figura de la expatriación. Así, en primer lugar, se han identificado los distintos supuestos de movilidad internacional de personas trabajadoras en el marco jurídico que proporciona el derecho de la Unión Europea y, en segundo lugar, dada la ausencia de un derecho laboral europeo homogéneo, se ha establecido un concepto de expatriación desde la perspectiva del ordenamiento laboral español, por ser éste el que reglamentará la movilidad hacia el extranjero. Complementariamente, se han analizado las fuentes reguladoras de la expatriación

de personas trabajadoras desde España y la cobertura jurídica para implementarla, estudiando las normas de derecho internacional privado aplicables a los supuestos de expatriación con origen en España, en los que la relación laboral se ejecute temporalmente en otro Estado. Posteriormente, se han analizado las condiciones laborales garantizadas a las personas trabajadoras expatriadas en el territorio en que se aplica el derecho de la Unión Europea, realizando también una breve referencia a las normas que podrían invocarse en el supuesto de expatriación a terceros Estados. Finalmente, se ha tratado la conclusión de los episodios de expatriación, sintetizando las causas que determinan dicha finalización y refiriéndonos a algunas problemáticas relacionadas con el retorno de la persona trabajadora.

A partir del examen del tratamiento jurídico de la expatriación en el derecho de la Unión Europea y español, se presentan las siguientes conclusiones:

1.- Las características comunes identificadas por la doctrina científica española permiten conceptualizar la expatriación como “*la movilidad en el empleo de una persona trabajadora o de alta dirección, en virtud de la cual la actividad laboral pasa a desarrollarse en el extranjero, dando lugar a una situación privada internacional que determina la aplicación de un estatuto jurídico diferenciado a la relación laboral*”.

Como es posible advertir, el concepto jurídico de expatriación otorga gran relevancia a la relocalización del lugar de prestación de servicios en el extranjero, pues de esta circunstancia deriva la eventual aplicación de normas de distintos ordenamientos jurídicos a la relación laboral.

La expatriación puede ser forzosa, aún a sabiendas de que ello, tal y como se pone de manifiesto en la tesis, puede ser una cuestión controvertida, o voluntaria –fruto de un pacto entre las partes– e implica un cambio de domicilio. En cuanto a su proyección temporal, planteamos que es el carácter no definitivo del cambio de lugar de trabajo el que da lugar al estatuto jurídico diferenciado que rige las expatriaciones. Por el contrario, si la transferencia al extranjero fuese definitiva, la legislación aplicable sería la del país de destino.

Su carácter temporal justifica que las clasificaciones referidas a las fases del proceso de expatriación y al lugar de destino sean las más idóneas para la sistematización de una teoría de la expatriación.

2.- La legislación laboral española no cuenta con una disposición específica en que se regule la expatriación de las personas trabajadoras como ejercicio del *ius variandi*. Sobre la base de este vacío normativo, que es necesario colmar, constituyen fuentes reguladoras de la expatriación (i) el *ius variandi*, (ii) la autonomía colectiva y (iii) la autonomía individual.

Al respecto, cabe reseñar que las disposiciones del artículo 40 ET son la alternativa más protectora para las personas trabajadoras a efectos de colmar el vacío legal en la regulación de la adopción de una medida de expatriación como ejercicio del *ius variandi*. Por su parte, la autonomía colectiva es fuente reguladora de la expatriación, si bien tiene una importancia secundaria y una utilidad limitada, pues los convenios colectivos tienden a redirigir su regulación a la autonomía individual o a validar los instrumentos unilaterales que establecen directrices para los pactos de movilidad internacional. Considerando que el artículo 40 ET no resulta aplicable a los pactos suscritos en virtud de la autonomía individual, deberían establecerse cautelas, a fin de garantizar que el pacto de expatriación reconociese como mínimo los derechos que tendría en el supuesto de ser aplicable el régimen de la movilidad geográfica. En subsidio, sería necesaria una intervención más intensa de la negociación colectiva, fijando derechos mínimos y reglando aspectos conflictivos tales como la cláusula de aceptación de la expatriación contenida en el contrato de trabajo.

3.- La fórmula jurídica a utilizar en la expatriación se determinará según la empresa receptora de los servicios de la empresa que contrata a la persona trabajadora expatriada, siendo necesario distinguir entre (i) la expatriación intraempresarial; (ii) expatriación en el seno del grupo de empresas, y (iii) la expatriación con destino a una tercera empresa. Si bien las partes pueden elegir la fórmula que da cobertura a la expatriación, ciertas opciones válidas desde una perspectiva legal pueden convertir a la movilidad en un supuesto excluido del concepto de expatriación.

En los supuestos de expatriación intraempresarial la expatriación supondrá una novación modificativa del elemento locativo y excepcionalmente, una novación extintiva, cuando sustituya el sistema de intereses que las partes tuvieron en consideración para contratar, como, por ejemplo, la exigencia de un cambio definitivo de domicilio en el extranjero o una modificación significativa del estilo de vida de la persona trabajadora.

Por su parte, la expatriación hacia empresas del grupo es un supuesto problemático por la confluencia de una doble laguna, esto es, ausencia de regulación de los grupos de empresas y de la expatriación. Por este motivo, entendemos que la alternativa que otorga mayor protección a los intereses de la persona trabajadora es la suspensión del contrato de trabajo primigenio o el pacto de una excedencia especial y la suscripción en España de un nuevo contrato con la empresa para la que prestará servicios la persona trabajadora expatriada.

En el caso de la expatriación a una tercera empresa a través de un contrato de puesta a disposición de la persona trabajadora, la figura a utilizar será el «envío en misión». En principio, no sería posible una nueva medida de movilidad geográfica en el contexto de la misión, ya que la necesidad temporal que es causa del contrato de puesta a disposición constituye un límite para su adopción. No obstante, si causa del contrato de puesta a disposición admitiese la movilidad geográfica o expatriación, nos encontraríamos ante una novación del contrato de trabajo.

4.- El deber de entregar información adicional por escrito es una obligación común a todos los tipos de expatriación. Sin embargo, las obligaciones impuestas por la Directiva (UE) 2019/1152 no satisfacen el objetivo de dar certeza de sus condiciones laborales a las personas trabajadoras que serán expatriadas.

Las exigencias de la nueva Directiva no difieren de aquellas que se establecían en la Directiva de 1991, salvo la actualización efectuada para adecuarse a la Directiva 96/71/CE y sus modificaciones. No se ha aprovechado la oportunidad para incluir la obligación de informar aspectos de máxima importancia como las consecuencias de la expatriación en los derechos de Seguridad social o la fiscalidad, entre otras. Por otra parte, la flexibilidad y ambigüedad de la Directiva respecto al contenido de

la información es patente cuando admite la remisión a las normas legales o convencionales a efectos de determinar la remuneración a percibir por la persona trabajadora y cuando no impone la entrega de información real respecto a la duración de la prestación de servicios en el extranjero.

Pese a que la Directiva también es ambigua en lo que se refiere al momento en que ha de entregarse la información, una interpretación teleológica de la norma lleva a concluir que en los casos en que la expatriación es consecuencia del ejercicio del *ius variandi* empresarial, si la información tiene una función de garantía y tutela de los derechos de la persona trabajadora, esta debería proporcionarse en forma simultánea a la notificación de la expatriación.

5.- Un estudio global de las normas de derecho internacional privado es virtualmente imposible, pues el único bloque económico y político que ha fijado reglas uniformes en esta materia es la Unión Europea.

De todos modos, desde la perspectiva de una persona trabajadora expatriada desde España que pretenda incoar una demanda, las normas comunitarias de competencia judicial y de determinación de legislación aplicable le permitirán demandar en España a la empresa para la que presta servicios, incluso si ésta no tiene su domicilio en un Estado miembro. Lo anterior, salvo que el domicilio de las partes determine la aplicación del Convenio de Lugano, el cual exige que la parte demandada tenga su domicilio en un Estado en que se aplique dicho Convenio.

En la medida que las partes designen a los tribunales españoles, si estos se declaran competentes y establecen que el lugar habitual de trabajo continúa siendo España o bien determinan que existen vínculos más estrechos con España, las condiciones laborales de una persona trabajadora expatriada a un tercer Estado estarían reguladas por el ordenamiento laboral español.

Por el contrario, en el supuesto de un conflicto entre la persona trabajadora expatriada y la empresa, judicializado en un tercer Estado con el cual no se haya suscrito un convenio de determinación de competencia judicial, la aplicación de las normas laborales españolas es incierta pues el órgano jurisdiccional no estaría obligado a la aplicación de derecho extranjero, salvo que las normas de conflicto

de su propio ordenamiento dieran valor a la designación de la legislación española por un pacto de las partes.

6.- La retirada del Reino Unido de la Unión Europea ha determinado su actual estatus de tercer país con respecto al acervo comunitario, incluyendo el RBI-bis y el RRI, que actualmente no están vigentes en ese Estado.

Aunque el Acuerdo de Retirada establece que el Reglamento de Bruselas I-bis y el Reglamento Roma I serían aplicables a los contratos celebrados durante el periodo transitorio –esto es, entre el 01 de febrero de 2020 y 31 de diciembre de 2020– estas normas ya no son legislación vigente en el Reino Unido. Sin embargo, en virtud de la disposición sobre la aplicación universal del Reglamento Roma I, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea aún podrían determinar la aplicación de la legislación del Reino Unido a un caso concreto sometido a su conocimiento.

7.- En la adopción de la Directiva 2018/957 no se estableció un límite temporal al desplazamiento, pues ésta únicamente introdujo la figura del desplazamiento de larga duración, la cual no puede identificarse con un cambio en el lugar habitual de trabajo ni la consecuente modificación de la ley rectora del contrato.

La creación de la figura del desplazamiento de larga duración evita la instauración por la Directiva 96/71/CE de un plazo máximo para los desplazamientos, cuya consecuencia sería la aplicación de las disposiciones del Reglamento Roma I y en particular, la regla *lex loci laboris*. De tal modo, la nueva redacción de la Directiva 96/71/CE no implica la sujeción de las personas trabajadoras desplazadas a la legislación laboral del Estado de acogida, sino la aplicación a éstas de todas las condiciones laborales que se aplican a los trabajadores en el Estado de acogida.

Por lo tanto, el desplazamiento de larga duración genera un nuevo estatuto laboral diferenciado, pues las normas del Estado de acogida se aplicarían por contener condiciones de trabajo más favorables en virtud de las disposiciones de la Directiva 96/71/CE y no por un cambio de la ley rectora del contrato.

8.- El «núcleo duro» de la relación laboral establecido por la Directiva 96/71/CE no contempla todas las condiciones de trabajo reguladas en la legislación del Estado de acogida, por lo que esta norma comunitaria no asegura la igualdad de trato entre personas trabajadoras desplazadas y aquellas que prestan servicios en el mercado de trabajo del Estado de acogida.

De esta forma, solo existiría igualdad de trato respecto de determinadas condiciones laborales, en el supuesto de que las condiciones del Estado de acogida sean más favorables que las del Estado de envío.

Esta conclusión está supeditada a que las condiciones laborales más favorables reguladas en el Estado miembro de acogida estén establecidas en las fuentes reguladoras admitidas por la Directiva 96/71/CE –a saber, normas legales, reglamentarias, administrativas y también las normas convencionales que cumplan los requisitos establecidos por la norma comunitaria–, pues de lo contrario no resultarían aplicables a las personas trabajadoras desplazadas. Con respecto a las normas convencionales, entendemos que las modificaciones recientes de la Directiva han permitido que, a efectos de ampliar el conjunto de fuentes reguladoras de condiciones laborales, los Estados puedan incluir entre éstas a los convenios celebrados por interlocutores sociales más representativos a nivel nacional que sean ampliamente aplicados en el mismo nivel territorial, aun cuando cuenten con un sistema de aplicación universal de convenios.

9.- Con las modificaciones que introdujo la Directiva (UE) 2018/957, la Directiva 96/71/CE ya no debería ser interpretada una norma de máximos no superables.

A nuestro entender, en su redacción actual, los operadores jurídicos deben volver a entender a la Directiva 96/71/CE como una norma de mínimos, cuyo estándar de protección puede ser aumentado por los Estados. En efecto, el nuevo texto de la norma explicita que su objetivo es la protección de las personas trabajadoras desplazadas, de manera que, en el futuro, la jurisprudencia comunitaria no podría atribuirle como objetivo la libertad de prestación de servicios restándole eficacia a su objetivo declarado.

Respaldan este argumento la incorporación de la noción de la igualdad de trato como fundamento de la garantía a las condiciones del núcleo duro más favorables del Estado de acogida y la ampliación del contenido de la garantía de la remuneración a efectos de equiparar los salarios entre personas trabajadoras desplazadas y aquellas que prestan servicios de forma permanente en el mercado del Estado de acogida. De estas modificaciones normativas no podría inferirse que su finalidad es asegurar a las personas trabajadoras desplazadas un nivel de protección diverso en comparación con las no desplazadas del Estado de acogida.

10.- En lo que se refiere a las garantías en materia de ordenación de tiempo de trabajo –periodos máximos de trabajo, mínimos de descanso y vacaciones anuales retribuidas– se ha efectuado un examen de la incidencia de las disposiciones de la importante la Directiva 2003/88/CE y su interpretación jurisprudencial en relación con aspectos como son la distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso y la doble incidencia que garantía a las vacaciones anuales tiene para las personas trabajadoras desplazadas respecto a los días de vacaciones devengados según la legislación más favorable y su remuneración.

También con respecto a la garantía a las vacaciones anuales, se ha destacado que su efecto útil solo se consigue si los días trabajados en el Estado de acogida cuya legislación sea más favorable, devenguen proporcionalmente el número de días equivalente a las vacaciones que se reconocen en ese Estado. Por su parte, la retribución debe calcularse de conformidad con el promedio de remuneraciones de los once meses anteriores, incluyendo en esta media el eventual salario superior percibido en el Estado de acogida. Asimismo, la jurisprudencia del TJUE puede incidir en la situación de las personas trabajadoras expatriadas en lo que se refiere a la posibilidad de efectuar guardias que sean consideradas tiempo de trabajo y a efectos de su retribución conforme a la legislación que resulte más favorable.

Finalmente, sobre la base de la posibilidad reconocida por la Directiva de establecer excepciones a las disposiciones que se refieren al descanso diario, pausas, descanso semanal y a los periodos de referencia para la aplicación de las normas en materia de descansos se ha destacado la posibilidad de permitir compactar el

trabajo a realizar en el extranjero para favorecer retornos temporales al país de origen. Sin embargo, nos parece discutible que la transposición de esta disposición pueda considerarse una norma más favorable en relación con las normas españolas, pues podría suponer una merma en la protección de la seguridad y salud de la persona trabajadora.

11.- Aunque la nueva garantía a la remuneración y el (o al) incremento por horas extraordinarias –establecida tras las modificaciones de la Directiva 96/71/CE– suponen una mejora significativa en el contenido de la garantía salarial, estas son insuficientes para lograr la igualdad en las remuneraciones de las personas trabajadoras desplazadas y aquellas que prestan servicios en el mercado del Estado de acogida.

La condición laboral más relevante entre las que protege la Directiva 96/71/CE ha evolucionado hacia la garantía de la «remuneración y el incremento por horas extraordinarias», que abarca todos los salarios brutos, complementos, beneficios y todos los elementos obligatorios del salario que puedan establecerse en la legislación más favorable del Estado de acogida.

Pese a la ampliación del contenido de la garantía, esta no ha logrado la igualdad de trato entre las personas trabajadoras desplazadas y las que están integradas en el mercado del Estado de acogida. La comparación entre remuneraciones aún se realiza según sus cuantías y las personas trabajadoras desplazadas podrían no tener acceso a los mismos beneficios que las empresas del Estado de acogida pudieran reconocer a las personas trabajadoras locales. Tampoco se homogeniza la fiscalidad de las rentas o una garantía de conservación del régimen tributario más favorable o que garanticen un impacto neutro a través de compensaciones, ni se establecen soluciones a la utilización por las empresas desplazantes de las categorías profesionales de menor cualificación a efectos de determinar el salario según el Estado de acogida.

En lo que se refiere a la remuneración de las horas extraordinarias, la legislación aplicable a la jornada de trabajo y a la remuneración puede no coincidir, pues ambas se establecen como condiciones laborales diferentes. En consecuencia, se devengarán horas extraordinarias cuando se supere la jornada establecida por la

legislación más favorable y se remunerarán de conformidad con la legislación que regule el salario.

12.- La garantía a las condiciones de trabajo durante el desplazamiento de persona trabajadoras cedidas a una empresa usuaria supone la interacción de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, cuya aplicación conjunta resulta compleja, pues tienen un objetivo distinto.

Aunque las condiciones laborales garantizadas por la Directiva 2008/104/CE a las personas trabajadoras de ETT en relación con las personas trabajadoras de las empresas usuarias coinciden casi totalmente con las que conforman el núcleo duro de la Directiva 96/71/CE, ambas normas difieren en su objetivo: mientras la Directiva 96/71/CE pretende la aplicación de las condiciones laborales más favorables a las personas trabajadoras por una ETT en el contexto de un desplazamiento, la Directiva 2008/104/CE tiene por finalidad lograr la igualdad de trato entre personas trabajadoras contratadas por una ETT y las que prestan servicios directamente a la empresa usuaria.

A nuestro entender, la aplicación conjunta de ambas Directivas supone distinguir dos casos: (i) desplazamiento de personas trabajadoras cedidas y personas trabajadoras de la empresa usuaria del Estado de envío, y; (ii) desplazamiento de personas trabajadoras cedidas a una empresa usuaria en el Estado de acogida. En el primer supuesto, la determinación de las normas más favorables en virtud de la Directiva 96/71/CE debe realizarse respecto de las personas trabajadoras de la empresa usuaria, para aplicar a las personas trabajadoras cedidas la misma legislación y, posteriormente, determinar qué legislación garantiza la igualdad de trato a las personas desplazadas por la ETT respecto de un mayor número de condiciones de trabajo. En el segundo supuesto, la persona trabajadora comparable será la trabajadora no desplazada de la empresa usuaria, determinándose en primer lugar qué condiciones laborales deberían ser idénticas y a continuación, qué legislación establece la igualdad de trato respecto a un mayor número de condiciones de trabajo, para finalmente determinar la legislación más favorable respecto a cada condición garantizada.

13.- Para hacer valer la garantía de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, es necesario atender a las normas que transponen la Directiva Marco y las Directivas específicas de desarrollo. Si bien su aplicación es compleja, la armonización propiciada por las Directivas ha tenido como consecuencia que los Estados miembros tengan estándares de protección similares.

Pese a la armonización que ha supuesto la entrada en vigor de la Directiva Marco y las demás Directivas preventivas, la profusión de normas referidas a las condiciones de seguridad y salud tiene como consecuencia que la aplicación de esta garantía resulte sumamente intrincada. A lo anterior debe añadirse la complejidad de precisar los estándares mínimos de protección y la dificultad en la comparación de conceptos no cuantificables.

En nuestra opinión, el cambio de circunstancias que supone la modificación del lugar de trabajo, el cambio de horario o de puesto de trabajo puede constituir una especial sensibilidad objetiva en los términos de la Ley de Prevención de Riesgos española, por lo que debería efectuarse una evaluación previa al desplazamiento y la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras desplazadas, en función con los riesgos específicos detectados. Estas propuestas son coherentes con las obligaciones empresariales establecidas por la Directiva Marco, referidas a la protección de la seguridad y salud ante un cambio de circunstancias y de la obligación de adaptar el trabajo a la persona.

14.- La garantía a la aplicación de medidas de protección referidas a las condiciones de trabajo de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y de los niños, niñas y jóvenes parte de su consideración como personas trabajadoras especialmente sensibles y tiene como consecuencia deberes empresariales específicos en relación con estos colectivos.

Si las personas trabajadoras desplazadas pueden ser consideradas especialmente sensibles, con mayor razón debe considerarse como tales a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. Sin importar si el embarazo acontece antes o después del desplazamiento, la evaluación de riesgos es necesaria y puede tener como consecuencia el eventual

cambio de puesto de trabajo o la exención de prestar servicios. En todo caso, entendemos que el retracto empresarial al desplazamiento solo puede basarse en razones justificadas en la seguridad y salud de la trabajadora, pues, de lo contrario, se incurriría en discriminación por razón de sexo.

En lo que se refiere a las personas trabajadoras jóvenes, un desplazamiento en España no puede ser protagonizado por un menor de 16 años, a menos que intervenga en espectáculos públicos con aquiescencia de la autoridad laboral. Salvo este último supuesto, la posibilidad de movilidad geográfica internacional de personas trabajadoras jóvenes es remota, pues debe respetar el principio del interés superior del menor, con independencia de que se trate de una orden empresarial o de una movilidad pactada con los representantes legales de la persona trabajadora joven.

15.- Con respecto a la garantía de aplicación de normas de igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe destacarse la incidencia de la Directiva (UE) 2019/1158 sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores en los desplazamientos de personas trabajadoras. En lo que se refiere a las normas antidiscriminatorias, la tutela del ordenamiento español es más amplia que la comunitaria.

Las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, que establece derechos individuales de ausencia y fórmulas de trabajo flexible, son aplicables a las personas trabajadoras desplazadas, por formar parte de la garantía de la igualdad de trato. Si el Estado de acogida estableciese mejores condiciones con respecto a los permisos individuales, la concesión del permiso al amparo de su legislación implica el disfrute de la totalidad del permiso conforme a ésta, sin que su disfrute en el Estado de envío suponga el fin del desplazamiento. En relación con las fórmulas de trabajo flexible, debe tenerse en consideración que, aunque el desplazamiento implica un mínimo de presencialidad en el extranjero, las medidas de conciliación podrían orientarse a asignaciones internacionales a destinos más próximos, por un periodo temporal más corto, o bien, una prestación ocasional del trabajo a distancia.

En relación con la tutela antidiscriminatoria, la reciente incorporación de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, así como la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI no solo ha aumentado el catálogo de motivos de discriminación prohibida en relación con la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato, sino que obligan a la implementación de medidas para alcanzar la igualdad de colectivos que no están expresamente protegidos por el derecho comunitario. En ese sentido, la protección proporcionada por el ordenamiento español será, desde una perspectiva general, más favorable que aquella que otorguen las legislaciones que únicamente replican las normas comunitarias en materia de igualdad.

16.- No existe una norma comunitaria que desarrolle la garantía de aplicación de disposiciones que se refieran a las condiciones del alojamiento de las personas trabajadoras proporcionado por el empleador en el Estado de acogida, de manera que esta disposición es, por sí misma, insuficiente.

La ausencia de normas de desarrollo de esta garantía deriva en su insuficiencia para asegurar un alojamiento digno en el Estado de acogida, pues tampoco se impone a los Estados miembros legislar al respecto. Aunque es posible que exista alguna regulación en las políticas corporativas de determinadas empresas, estos instrumentos no constituyen fuente reguladora de condiciones laborales a efectos de la Directiva 96/71/CE.

17.- La garantía de aplicación de disposiciones relativas a complementos o reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento o manutención tampoco tiene desarrollo en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, la redacción de la garantía entraña el peligro de que ésta se interprete como una admisión de los desplazamientos a otros Estados miembros en el marco del desarrollo de un desplazamiento en el Estado de acogida.

Aunque serán las legislaciones de cada Estado miembro las que doten de contenido a esta garantía, la Directiva 96/71/CE establece que el reembolso de los gastos de desplazamiento hacia y en el Estado de acogida se regirá por la

legislación del Estado de envío. De lo anterior se deduce que los complementos o reembolsos a los que se pueden aplicar las normas del Estado de acogida son los viajes que se realicen desde el Estado de acogida o envíos temporales a otro lugar de trabajo, distinto a aquel en que la persona trabajadora se encontraba desplazada y del lugar habitual de prestación de servicios.

A nuestro entender, una interpretación que admita la movilidad geográfica internacional en el Estado de acogida puede derivar en la utilización de un primer desplazamiento con fines defraudatorios, circunstancia que, a su vez, podría tener como consecuencia la elusión de otras condiciones laborales garantizadas.

18.- Una crítica común a los mecanismos de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE es el hecho de que no tienen orientación preventiva. El mecanismo preventivo más importante –que pretende informar a las personas trabajadoras desplazadas de las condiciones que podrían aplicárseles en el Estado de acogida– es la obligación de los Estados miembros de implementar un sitio web informativo, medida que también adolece de deficiencias.

Los mecanismos de control y sanciones solo pueden ser efectivos en la medida que se pongan a disposición de las autoridades inspectoras medios materiales económicos y humanos, que en el caso de España no ha ocurrido. Asimismo, nos parece decepcionante advertir que la jurisprudencia comunitaria muestra una notable tendencia a considerar desproporcionadas las sanciones impuestas a los prestadores de servicios que desplazaban trabajadores, en aplicación de las medidas para garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE

Por su parte, los sitios web de los Estados miembros con información referida a las normas y convenios colectivos establecidas en sus respectivas legislaciones respecto al núcleo duro de condiciones laborales es insuficiente para asegurar protección a las personas trabajadoras desplazadas. La información que se entrega no es completa y, aunque lo fuera, la determinación de las condiciones laborales aplicables requiere un conocimiento elevado del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, su sistema de relaciones laborales y de los criterios judiciales con que se interpretan sus normas, circunstancias que no caracterizan a todas las personas trabajadoras desplazadas.

19.- Si la demanda debe interponerse en el Estado de destino extracomunitario y el tribunal no determina la aplicación de la legislación española, las normas e instrumentos jurídicos de eficacia transnacional revisten poca utilidad para las personas trabajadoras expatriadas.

Las normas de derecho internacional público de amplia ratificación a nivel global, así como los instrumentos empresariales de las empresas multinacionales que reconocen y promueven el respeto de dichas normas en sus filiales, otorgan un nivel de protección inferior en comparación con los derechos subjetivos establecidos por la legislación española en las mismas materias. Por lo tanto, desde una perspectiva práctica, demandar el reconocimiento de derechos laborales fundamentales únicamente tiene sentido frente a la imposibilidad de justificar puntos de conexión con España, que permitan atribuir competencia a órganos jurisdiccionales de la Unión Europea.

20.- En los supuestos en que la relación laboral tiene un patrón unitario, la conclusión de la expatriación, sea por el cumplimiento del plazo o una condición, se regirá por la legislación española, atendiendo a lo pactado por las partes y las disposiciones del Estatuto de los trabajadores que resulten aplicables. En los casos en que el vínculo laboral se ha roto, la conexión con España es más difusa, pero todavía podrían invocarse ciertos criterios del Reglamento Roma I.

En cuanto la expatriación tiene un carácter temporal, ello supone que en algún momento finalizará. Si la expatriación puede considerarse un episodio de una única relación laboral (patrón unitario), el criterio de conexión del lugar del trabajo habitual o los vínculos más estrechos, establecidos por las disposiciones del Reglamento Roma I –y residualmente por el artículo 1.4 ET– determinan que la legislación aplicable será la española, de manera que la conclusión de la misión ha de regirse por lo pactado por las partes y las disposiciones pertinentes del Estatuto de los trabajadores. Por el contrario, si la relación laboral no tiene un patrón unitario, por haberse roto el vínculo laboral con la empresa que expatrió a la persona trabajadora desde España, la conexión resulta más difusa, aunque de todas maneras podría invocarse el criterio de los vínculos más estrechos o el lugar de contratación.

21.- El derecho español también proporciona flexibilidad a la determinación de la duración de la expatriación, en menoscabo de la seguridad jurídica de las personas trabajadoras expatriadas.

El único criterio orientativo respecto a la duración de la expatriación en el ámbito comunitario lo entrega el Reglamento (CE) 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, al permitir la sujeción de la persona trabajadora a la legislación del Estado miembro de envío si la duración previsible del desplazamiento no supera los 24 meses. Sin embargo, entendemos que la reciente publicación de la Orden ISM/835/2023 diluye cualquier conclusión relativa a un plazo máximo de la expatriación establecido por el derecho español, en cuanto considera en situación asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social español a las personas expatriadas, incluso si se ha superado el plazo máximo establecido por los instrumentos internacionales para la sujeción a la legislación española.

22.- En el marco de este estudio, se identifican y sistematizan como causas de finalización del episodio de expatriación, las siguientes:

(i) Las causas establecidas en el convenio colectivo español de aplicación, los cuales pueden no solo establecer un marco regulador de los pactos de finalización de la expatriación estableciendo por ejemplo plazos máximos para los desplazamientos, sino también establecer circunstancias que determinen el fin de la misión. Entre las causas a las que se hace expresa alusión en convenios colectivos se encuentra la facultad de la empresa de repatriar a la persona trabajadora que se encuentre en situación de incapacidad temporal por más de 20 días y motivos de salud, lactancia, guarda legal y cuidado del cónyuge o familiar sobrevenidos al desplazamiento.

(ii) Causas de finalización de la expatriación con fundamento en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

- 1- **La «localización» de la persona trabajadora,** esto es, la transferencia definitiva de ésta al lugar en que ha prestado servicios en calidad de expatriada. En este caso, entendemos que el cese de la situación privada internacional determina la aplicación de la legislación del Estado en que la

persona trabajadora prestará servicios en forma definitiva y de aquello que tuvieran a bien a pactar conforme aquella normativa.

- 2- **Causas consignadas por las partes o establecidas en el pacto de expatriación.** En el análisis de la doctrina judicial se han detectado causas tales como la situación de invalidez o minusvalía, el cese de la expatriación del o la cónyuge en el mismo destino y un número significativo de cláusulas que supeditan la finalización de la misión al arbitrio de la empresa, las que a nuestro entender adolecen de nulidad, sin perjuicio de la posibilidad de que aquellas encubran una vulneración de derechos fundamentales.

Si la notificación del fin de la misión se realiza cuando el plazo establecido continúa pendiente, entendemos que la finalización de la expatriación podría ser impugnada como una movilidad geográfica o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en cuanto se eliminarían las partidas salariales asociadas a la expatriación.

(iii) La finalización de la expatriación como consecuencia de la aplicación de disposiciones legales españolas o del país de destino.

- 1- **La extinción del contrato principal.** Determinará el fin de la misión en el extranjero, pues es el contrato que ha dado lugar a la relación laboral original. Por el contrario, la extinción del contrato instrumental, esto es, aquel suscrito para dar cobertura a la movilidad de la persona trabajadora, no extingue la relación laboral.
- 2- **El cumplimiento del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de la persona trabajadora.** Entre estas causas incluimos los supuestos de fuerza mayor y la falta de adaptación de la persona trabajadora, ambos sobre la premisa de la exportabilidad de las obligaciones preventivas en materia de prevención de riesgos. Por el contrario, la persona trabajadora no podría decidir unilateralmente poner fin a la expatriación, pues el abandono del lugar de trabajo frente a un riesgo grave e inminente implica la inmediata disponibilidad de la persona para reanudar la actividad laboral cuando cese el riesgo.

En todo caso, no todas las situaciones que puedan calificarse como fuerza mayor facultarían a la empresa a poner fin a la misión de expatriación, sino únicamente aquellas que hagan imposible la prestación en un periodo indeterminado.

- 3- **La imposibilidad de prestar servicios en el país de destino por modificación o incumplimiento de su legislación.** Se trata de una situación objetiva ajena a la voluntad de las partes que, en principio, no supondría la extinción de la relación laboral, salvo que el contrato de trabajo principal tuviera causa en la necesidad empresarial de expatriar a la persona trabajadora.

Entre los supuestos encuadrables en esta causal hemos incluido la expropiación de las filiales de las empresas en que presten servicios las personas expatriadas o leyes aprobadas en un tercer Estado que generen un riesgo en la prestación de servicios. Una causa más común es el incumplimiento de la legislación migratoria, que derive en la expulsión o la pérdida del visado de la persona trabajadora, que sin embargo pueden ser provocados por una o ambas partes, en orden a poner fin a la expatriación.

(iv) La asignación de una nueva misión internacional, en virtud de la cual se designa un nuevo lugar en el extranjero para la prestación de los servicios de la persona trabajadora. Cuando se trata de una expatriación intraempresarial, esta designación puede ser consecuencia de una medida de movilidad geográfica *ex art. 40 ET* o un nuevo pacto entre las partes. En cambio, si existe una sucesión de relaciones laborales a causa de la movilidad de la persona trabajadora en el grupo de empresas, previamente debe establecerse qué empresa podría adoptar válidamente la medida o pactar con la persona trabajadora, sin perjuicio de la necesidad de determinar si la relación laboral actual podría regirse por la legislación española.

(v) La necesidad de adaptar las condiciones de trabajo por motivos vinculados a la conciliación familiar, tras la solicitud de la persona trabajadora expatriada de un cambio de centro de trabajo, sea por la necesidad de retorno a

España de la persona que genera el derecho o por la necesidad de cuidados directos, cuando dichas personas se encuentren en España.

23.- Sobre la base de la institución de la movilidad geográfica como fuente habilitante de la expatriación, resulta necesaria una actualización del artículo 40.6 ET en lo que se refiere al descanso compensatorio, pues este derecho resulta insuficiente en los supuestos de expatriación.

La redacción del artículo 40.6 ET es de larga data, por lo que no considera la evolución que han experimentado los transportes. Este derecho admite mejora por la negociación colectiva y, en todo caso, las partes –en el marco de la orden empresarial de expatriación– podrían pactar la acumulación de los días de permiso.

Al conceder cuatro días de permiso por cada tres meses de desplazamiento, estimamos que la utilidad de esta norma ha menguado, tanto en distancias consideradas «cortas» a efectos de transporte, como en los casos que los viajes de la persona trabajadora a su domicilio requieren una inversión de tiempo significativa en relación con la duración del permiso.

24.- Si bien la legislación laboral española no establece una garantía explícita de retorno de la persona trabajadora expatriada, ésta es una consecuencia lógica del carácter temporal del desplazamiento y se deriva de una interpretación sistemática de disposiciones constitucionales y laborales.

En ausencia de pacto que establezca las condiciones del retorno, la interpretación del artículo 40 ET a la luz del artículo 42 CE, permite concluir que la empresa tiene el deber de facilitar el retorno de la persona trabajadora expatriada a su domicilio habitual y al lugar de prestación de servicios desde el cual ha sido desplazada. Este derecho no se pierde ante un despido disciplinario, pues la pérdida de derecho al retorno no solo es una sanción desproporcionada, sino que no se contempla en la legislación laboral. En caso de renuncia voluntaria también debe restituirse a la persona trabajadora a la situación en que se encontraba con anterioridad a la orden o pacto de expatriación, pues incluso si se ha suscrito una cláusula de exoneración de repatriación, su legalidad es dudosa, por ser un condicionante para impedir el ejercicio de un derecho irrenunciable como es la dimisión y porque un pacto de

permanencia tiene asociados efectos distintos frente a su incumplimiento por la persona trabajadora.

Por el contrario, no existe obligación de facilitar el retorno en supuestos de «localización» o asignación de una nueva misión en otro Estado. En el primero de los casos, porque la relación laboral comenzaría a regirse por la legislación del Estado de destino y en el segundo, porque el retorno resulta innecesario si la persona trabajadora no tiene interés en éste.

25.- El retorno de la persona trabajadora puede plantear dificultades desde la perspectiva de las funciones a desempeñar, la antigüedad devengada tras el retorno y la remuneración de la persona trabajadora.

En atención a que la extinción del contrato ex. art. 50 ET se reserva por los órganos jurisdiccionales para los casos de extrema gravedad, no es una solución que resuelva la mayor parte de estos conflictos. Por ello, entendemos que la situación de inseguridad jurídica respecto al nivel funcional alcanzado durante la expatriación podría encontrar solución a través de la negociación colectiva, toda vez que el convenio colectivo aplicable podría garantizar a la persona trabajadora expatriada, bien el puesto de trabajo concreto desempeñado durante la expatriación o un puesto de trabajo equivalente. Una disposición convencional de este tipo podría ser aplicable sin importar cuál fue la fuente habilitante de la expatriación.

Por su parte, en los casos en que la expatriación se haya articulado mediante una suspensión o excedencia voluntaria en la relación laboral de origen, la persona trabajadora debe conservar la antigüedad devengada tras su retorno, pues la prestación de servicios para empresas del grupo es también un interés del grupo empresarial o de la propia empresa empleadora. Una interpretación contraria nos llevaría a entender que el recurso a la suspensión o a la excedencia voluntaria por parte de la empresa tendría como objetivo encubrir una elusión de obligaciones por parte de ésta, en cuanto lesionaría intereses de la persona trabajadora.

Por último, el retorno a España tiene como consecuencia la supresión de los complementos asociados a la expatriación, que son complementos vinculados al puesto de trabajo, al compensar el mayor esfuerzo y los sacrificios vitales y

familiares que supone la expatriación. De todos modos, coincidimos con la jurisprudencia en la obligatoriedad de incluir la parte proporcional de los pluses de naturaleza salarial devengados durante la expatriación en el módulo indemnizatorio, a fin de evitar la utilización del retorno de la persona trabajadora para disminuir el parámetro del importe del salario.

Si se nos permite una reflexión final, una importante motivación para la realización de esta tesis fue fomentar el análisis e incentivar el desarrollo de futuros estudios en relación con las trabajadoras y trabajadores expatriados. En un mundo cada vez más interconectado, este fenómeno seguirá en expansión, por lo que resulta urgente contar con normas jurídicas y convencionales que otorguen soluciones específicas a las problemáticas que se han planteado, así como una protección adecuada a este colectivo.

En este contexto, la doctrina científica tiene un importante desafío en el refuerzo de la investigación, actualización de estudios y análisis de los nuevos fenómenos. Será una satisfacción si, por lo menos, este trabajo ha contribuido a entregar algunas respuestas.

BIBLIOGRAFÍA

2017/C 165/01. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:165:FULL&from=GA> Fecha de última consulta: 18 de noviembre de 2021.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL CONSEJO DE EUROPA: *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_iaw_spa.pdf Fecha de última consulta: 2 de febrero de 2022.

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: Principios generales de la legislación europea en materia de seguridad y salud ocupacional, en *Enciclopedia de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo*. Disponible en: https://oshwiki.eu/wiki/General_principles_of_EU_OSH_legislation Fecha de última consulta: 11 de diciembre de 2021.

AGÍS DASILVA, Montserrat: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 433 p.

AGRA VIFORCOS, Beatriz: “La extinción por voluntad concurrente de las partes (mutuo acuerdo, condición y término) y pactos indemnizatorios”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan (director): *Tratado del despido*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018 [edición electrónica].

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y CASADO RAIGÓN, Rafael (coordinadores): *Curso de derecho de la Unión Europea*. 2ª Edición. Madrid: Tecnos, 2014, 418 p.

ALEMÁN PÁEZ, Francisco: *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, 259 p.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. 4ª Edición. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014 [edición electrónica].

ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén: *Trabajador Expatriado y Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2016, 402 p.

ALONSO RODRÍGUEZ, José Antonio: “Fragmentación productiva, multilocalización y proceso de internacionalización”. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. 2007, N.º 838, pp. 23-39.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; ROJAS RIVERO, Pilar y MOLINA GARCÍA, Mónica: “La acción normativa de la OIT en relación con los trabajadores migrantes”,

en RAMOS QUINTANA, Margarita: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*. Albacete: Bomarzo, 2010, pp. 151-175.

ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel: "Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato". *Revista española de derecho del trabajo*. 2000, N.º 100, pp. 951-960.

ARGÜELLES BLANCO, Ana: *La excedencia laboral voluntaria*. Pamplona: Aranzadi, 1997, 446 p.

ARTHURS, Harry: "Who is afraid of globalization? Reflections on the future of labour law", en CRAIG, John y LYNK, Michael (editors): *Globalization and the future of labour law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 498 p.

BALLESTER PASTOR, M. Amparo: "La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)". *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*. 2019, N.º Extraordinario, pp. 189-222.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Dossier práctico Francis Lefevre: Trabajadores en el Extranjero (Desplazados y expatriados): aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*. Madrid: Francis Lefevre, 2002, 220 p.

BASTIDA DOMÍNGUEZ, María: "El capital humano internacional como fuente de ventaja competitiva". *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*. 2007, N.º 2019, pp. 59-80. Disponible en: http://www.revistasice.com/cachepdf/bice_2917_59-65_e0fff4654bfa73ff29a9d676fd4d1038.pdf. Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2016.

BAYLOS GRAU, Antonio: "Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco globales". *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 2009, N.º 1, págs. 107-125.

BAYLOS GRAU, Antonio: "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica". *Lan Harremanak*. 2005, N.º 12, pp. 103-138.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Editorial Comares, 2002, 528 p.

BAZ TEJEDOR, José A.: "La ética de las empresas transnacionales y su proyección jurídico-laboral", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, pp. 41-58.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: "La aplicación del derecho del trabajo en el espacio internacional". *Actualidad Laboral*. 2003, N.º 39 [edición electrónica].

BELTRÁN MIRALLES, Sofía: “Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”. *Actualidad Laboral*. 2000, N.º 2 [edición electrónica].

BELTRÁN MIRALLES, Sofía: “Traslados y desplazamientos voluntarios”. *Actualidad Laboral*. 1997, Tomo III, pp. 1035-1046.

BELLACE, Janice y TER HAAR, Beryl: “Perspectives on labour and human rights”, en BELLACE, Janice y TER HAAR, Beryl (editors): *Research handbook on Labour, Business and Human Rights*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2019, pp. 2-14.

BLACKETT, Adelle: “Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción”. *Revista Internacional del Trabajo*. 2020, Vol. 139, N.º 4, págs. 497-505.

BLASCO PELLICER, Ángel: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”. *Relaciones Laborales*. 1995, N.º 1, pp. 565-586.

BOLOGNA, Silvio: “I diritti dei lavoratori nella globalizzazione. Che prezzo (se lo conosciamo) siamo disposti a pagare?” *Temilavoro.it - sinossi internet di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*. 2014, N.º 2, Vol.6 [edición electrónica]. Disponible en: <https://www.temilavoro.it/index.php/tml/article/view/71>. Fecha de última consulta: 02 de marzo de 2023.

BONET PÉREZ, Jordi: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, 90 p.

CABEZA PEREIRO, Jaime: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista de derecho social*. 2020, N.º 92, pp. 41-80.

CAIRÓS BARRETO, Dulce: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 121-149.

CAIRÓS BARRETO, Dulce: “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia”. *Lan Harremanak*. 2010, N.º 23, pp. 83-119.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares 2014, Vol. 1, 836 p.

CALVO GALLEGO, Francisco: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores en el seno de la Unión Europea: aspectos individuales y lucha contra la precariedad”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la*

precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores. Murcia: Laborum, 2020, pp. 81-140.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el Asunto Painer”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2012, Vol. 4, N.º 1, pp. 245-255.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2018, Vol. 70/1, pp. 155-179.

CANALS, Claudia: “Offshoring y deslocalización: nuevas tendencias de la economía internacional”. *Documentos de economía «La Caixa»*. 2006, N.º 3, 33 p.

CANESSA MONTEJO, Miguel: “El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, N.º 68, pp. 285-300.

CAPIEL, Luis: “Novedades en el Reglamento Bruselas I Refundido”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 40-2015. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4758/documento/uforo01.pdf?id=5946> Fecha de última consulta: 09 de junio de 2021.

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores: “Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)”, en CORREA CARRASCO, Manuel (coordinador): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, pp. 391-440.

CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘i-bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* . 2019, Vol. 11, N.º 1, pp. 112-138.

CARRILLO POZO, Luis: “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2018, N.º 132, pp. 129-159.

CARRILLO POZO, Luis: “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”. *Bitácora Millenium DIPr*. 2017, N.º 5 [edición electrónica].

CARTER, Daniel: “Equal pay for equal work in the same place? Assessing the revision to the Posted workers Directive”. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2018, N.º 1, Vol. 14, pp. 31-68.

CASADO ABARQUERO, Marta: *La Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2008, 409 p.

CASAS BAAMONDE, María: “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 1-40.

CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge y GINÈS I FABRELLAS, Anna: “La condición resolutoria como forma de extinción del contrato de trabajo. Las cláusulas de resultado”. *Indret: Revista para el análisis del derecho*. 2019, N.º 3, 45 p. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/364360/458703>

COLLINGS, David y SCULLION, Hugh: “Global staffing”, en STAHL, Günter K. y BJÖRKMAN, Ingmar: *Handbook of research in international human resource management*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 141-157.

COM (2021) 139 FINAL. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0139&from=ES> Fecha de última consulta: 01 de febrero de 2022.

COM (2017) 254 FINAL. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2017:0254:FIN:ES:PDF> Fecha de última consulta: 11 de noviembre de 2021.

COM (2016) 128 FINAL. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0128> Fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2021.

COM (2012) 131 FINAL. Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0131 Fecha de última consulta: 15 de diciembre de 2021.

COM (91) 230 FINAL. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0230&from=EN> Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2022.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 110ª: *Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 6 de junio de 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf Fecha de última consulta: 1 de abril de 2023.

CORREA CARRASCO, Manuel: “La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza mundial del trabajo del futuro”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 437-438, pp. 65-92.

CORTE HEREDERO, Nieves: *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Valladolid: Lex Nova, 1995, 264 p.

CORTESE, Bernardo: “Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: “how can i just let you walk away?” *Cuadernos de derecho transnacional*. 2021, Vol. 13, N.º 1, pp. 153-179.

COSTAMAGNA, Francesco: “The Revision of the Posted Workers Directive as a meaningful way to curb regulatory competition in the social domain?”. *Sant’Anna Legal Studies, STALS Research Papers*. 2019, N.º 2. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3422858> Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2022.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico”. 1 de mayo de 2021. Blog de Jesús Cruz Villalón. Disponible en: jesuscruzvillalon.blogspot.com Fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021

CRUZ VILLALÓN, Jesús: “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel (coordinador): *La reforma laboral de 1994*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1994, pp. 45-116.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: “La política comunitaria de inmigración”. *Relaciones Laborales*. 2009, N.º 15/16, pp. 133-160 [edición electrónica].

CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”. *Temas laborales*. 1996, N.º 38, pp. 31-73.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Tecnos, 2003, 1208 p.

DAUGAREILH, Isabelle: “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 2009, N.º 27, Vol. 1, págs. 77-106.

DE CARVALHO, Sónia: “The revision of the Posting Workers Directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end?”. *Juridical Tribune*. 2018, Vol. 8 N.º 3, pp. 719-733.

DEL REY GUANTER, Salvador y LÁZARO SÁNCHEZ, José: “Ámbito aplicativo de la Ley”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 41-57.

DEL REY GUANTER, Salvador: “Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales”. *Temas Laborales*. 2009, Vol. 1, N.º 100, pp. 143-157.

DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova, 2006, 736 p.

DISTLER, Katrin y ESSERS, Ger: *Guía del trabajador móvil europeo*. Bruselas: Confederación Europea de Sindicatos, 2011, 117 p. Disponible en: https://www.etuc.org/IMG/pdf/ETUC_Mobility_Guide_2011-ES-2.pdf Fecha de última consulta 01 de abril de 2017.

DUPLESSIS, Isabelle: “La déclaration de l’OIT relative aux droits fondamentaux au travail: une nouvelle forme de régulation efficace?”. *Relations industrielles / Industrial Relations*. 2004, N.º 1, Vol. 59, pp. 52–72.

ENJUTO JAREÑO, Diego: “La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula «opt-out», al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de «tiempo de trabajo efectivo»”. *Iuslabor*. 2003, N.º 5 [edición electrónica]. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3888709/EnjutoJarenoDirectiva.pdf/930d6ff9-afaf-4bb8-9e29-c0993ded3325> Fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2021.

ESPINAR VICENTE, José: *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá, 2008, 713 p.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS GARDE, Salvador y VERDEAL DURAN, Javier: “Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores”. *Información Comercial Española ICE: Revista de economía*. 2007, N.º 839, pp. 103-111.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: *La movilidad transnacional de trabajadores: Reglas y prácticas*. Granada, Comares, 2002, 264 p.

ESTEVE SEGARRA, Amparo: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 461 p.

EUROPEAN COMMISSION. *Practical guide on posting workers*. 2019. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=21472&langId=en> Fecha de última consulta: 02 de diciembre de 2021.

FERIA BASILIO, Iluminada: “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, pp. 313-350.

FERNÁNDEZ AVELLO, Noelia: “Cesiones temporales sucesivas por medio de empresas de trabajo temporal y supuestos de movilidad transfronteriza”. *La Ley Unión Europea*. 2020, N.º 87 [edición electrónica].

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, 390 p.

FERNÁNDEZ PRIETO, Marta: “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa*. 2020, N.º 12 [edición electrónica]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7329644&orden=0&info=link>
Fecha de última consulta: 10 de enero de 2022.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”. *Temas Laborales*. 2014, N.º 123, pp. 79-108.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2004, N.º 52, pp. 49-60.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”. *Revista de Derecho Social*. 2015, N.º 70, pp. 123-147.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 249-274.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, 212 p.

GALA DURÁN, Carolina: “Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Madrid: La Ley, 2013.

GÁRATE CASTRO, Javier: “La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE”, en GÁRATE CASTRO, Javier (coordinador): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 19-85.

GARCÍA BLASCO, Juan y GONZÁLEZ LABRADA, Manuel: “El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente”. *Aranzadi Social*. 1996, N.º 1 [edición electrónica].

GARCÍA MURCIA, Joaquín: “La Unión Europea y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. *Diario La Ley*. 2016, N.º 8791 [edición electrónica].

GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Traslados y desplazamientos en la empresa: el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, 142 p.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”. *Revista española de derecho del trabajo*. 2008, N.º 138, pp. 313-324.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”. *Diario La Ley*. 30 de mayo de 2008, N.º 6957 [edición electrónica].

GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: “El nuevo reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”. *Revista española de Derecho europeo*. 2013, N.º 48 [edición electrónica].

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “De nuevo sobre la aplicabilidad (o no) del artículo 1.4 del Estatuto de los trabajadores”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp.113-148.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: “Derecho imperativo y contrato de trabajo internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, pp. 163-188.

GAZARIÁN, Ana: “Aspectos migratorios y de gestión interna: claves del éxito de los procesos de expatriación”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 43-80.

GIDDENS, Anthony: “El gran debate sobre la globalización”. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*. 2001, N.º 7, pp. 63-73.

GIL PÉREZ, María: “Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el Estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 173-188.

GIL Y GIL, José: “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coordinador): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: Editorial La Ley, 2010, pp. 221-264.

GIULIANO, Mario; LAGARDE, Paul: Report on the convention on the law applicable to contractual obligations. OJEC. C 282, 31 de octubre de 1980, p. 5. Disponible en:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31980Y1031(01))

Fecha de última consulta: 12 de marzo de 2019.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”. *Revista de información laboral*. 2016, N.º 11 [edición electrónica].

GÓMEZ CABALLERO, Pedro y ZARZALEJO CARBAJO, Mercedes: “La Libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores”, en NAVARRO NIETO, Federico; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; GÓMEZ MUÑOZ, José (directores): *Manual de derecho social de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, pp. 85-126.

GONZALEZ CALVET, Jaume: “El Derecho comunitario en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PÉREZ, José; RIVAS VALLEJO, Pilar (directores): *Tratado de Salud Laboral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, Tomo I, pp. 511-546.

GONZALEZ DE RIVERA SERRA, Francesc: “Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2021, N.º 460, pp. 205-217.

GOSELLI HERNÁNDEZ, Juan: “Poder de dirección, control y sancionador”, en MOLERO MARAÑÓN, María y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (directores): *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 481-529.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera): El caso Ruffert”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. 2008, Vol. 1, N.º 5, pp. 47-59.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: “Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión Europea”, en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 167-196.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”. *Actualidad Laboral*. 2000, N.º 1, pp. 13-37.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2000, 220 p.

HUGUES, Steve y HAWORTH, Nigel: *The International Labour Organization (ILO). Coming in from the cold*. Londres: Routledge, Global Institutions, 2011, 123 p.

IP/A/EMPL/2016-07. Posting of workers Directive - current situation and challenges. Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579001/IPOL_STU%282016%29579001_EN.pdf Fecha de última consulta: 16 de junio de 2023.

IRIARTE ÁNGEL, José: “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 10, N.º 2, pp. 477-496.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social (1)”. *La Ley Unión Europea*. 2015, N.º 22, pp. 5-16.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales”. *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*. 2015, N.º 2. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-33-los-demandantes-de-empleo-en-europa-derecho-de-residencia-y-acceso-a-las-prestaciones-sociales>. Fecha de última consulta: 24 de mayo de 2017.

JIMÉNEZ ROJAS, Francisco: *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2014, 461 p.

JUÁREZ PEREZ, Pilar: “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”. *Relaciones Laborales*. 1999, pp. 1260-1283 [edición electrónica].

KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN ARTILES, Antonio: *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*. Madrid: Delta Publicaciones, 2007, 700 p.

LA HOVARY, Claire: *Les droits fondamentaux au travail* [edición electrónica]. Disponible en: <http://books.openedition.org/iheid/1007> Fecha de última consulta: 1 de abril de 2023.

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo y FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: “Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE”. *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 9, pp. 611-632.

LHERNOULD, Jean-Philippe: “Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What will change in 2020?”. *ERA Forum*. 2019, N.º 20, pp. 249-257.

LLOBERA VILA, Mireia: “El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional”. *Revista de derecho social*. 2016, N.º 73, pp. 127-148.

LLOBERA VILA, Mireia: “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, pp. 189-212.

LLOBERA VILA, Mireia: “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 39-65.

LLOMPART BENÀSSAR, Magdalena: *El salario: concepto, estructura y cuantía*. España: La Ley, 2007 [edición electrónica].

LOI, Piera: “La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coordinador): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: Editorial La Ley, 2010, págs. 193-219.

LÓPEZ SANCHEZ, María: “El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. *Trabajo y Derecho*. 2017, N.º 25 [edición electrónica]

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2017, Vol. 9, N.º 1, pp. 444-453.

LOUSADA AROCHENA, José y RON LATAS, Ricardo: *El contrato de trabajo internacional*. Valladolid: Lex Nova, 2013, 300 p.

LOUSADA AROCHENA, José: “La reforma de la Directiva 96/71/CE a través de la Directiva (UE) 2018/957”. *Ciudad del Trabajo*. 2018, N.º 11, pp. 65-76.

LOUSADA AROCHENA, José: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, 591 p.

LUQUE PARRA, Manuel: “Actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 325-350.

LUTERBACHER, Urs; PROSSER, Andrew; PAPADAKIS, Konstantinos: “Nuevas perspectivas en el ámbito de las relaciones laborales transnacionales”. *Revista Internacional del Trabajo*. 2017, Vol. 136, N.º 3-4, pp.321-355.

LYON-CAEN, Gerard: *Les relations de travail internationales*. Paris: Editions Liaisons, 1991, 220 p.

MAKELA, Liisa; SAARENPÄÄ, Katy y MCNULTY, Yvonne: “Flexpatriates, short-term assignees and international commuters”, en MCNULTY, Yvonne y SELMER, Jan (editors): *Research Handbook of Expatriates*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, pp. 276-274. Disponible en: https://expatresearch.com/files/4515/0444/1908/Makela_Sarenpaa_McNulty_2017.pdf Fecha de última consulta: 30 de julio de 2021.

MARCHAL ESCALONA, Nuria: “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”. *Revista de derecho Comunitario Europeo*. 2019, N.º 62, pp. 81-116.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María: “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: El papel de la Inspección de trabajo”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 323-351.

MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: “Prevención de riesgos laborales y trabajadores expatriados”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 695-712.

MARTIN, Phillipe: “La transposición al Derecho Francés de la Directiva 96/71/CE”, en GÁRATE CASTRO, Javier (coordinador): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 105-124.

MARTINEZ GAYOSO, Nieves: “Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento establecidas para facilitar la protección de los trabajadores desplazados”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 353-369.

MARTÍNEZ PINILLA, Iván: “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10.º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en MARQUEZ CARRASCO, Carmen (directora), CHIARA MARULLO, María, ARENAL LORA, Libia (coordinadoras): *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, pp. 119-139.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: “La expatriación de trabajadores y aspectos jurídico-laborales críticos”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2013, N.º 105, pp. 223-276.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y CASERO BARRÓN, Ramón: “La retribución del expatriado. Aspectos laborales y fiscales”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana

(directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 391-569.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel: “Aspectos jurídico-laborales”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (directora): *La expatriación de trabajadores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 81-387.

MAYRHOFER, Wolfgang; SPARROW, Peter y ZIMMERMANN, Angelika: “Modern forms of international working”, en DICKMANN, Michael; SPARROW, Peter y BREWSTER, Chris (eds.): *International Human Resource Management: A European perspective*. Londres: Routledge, 2006, pp. 219-239. Disponible en: https://repository.lboro.ac.uk/articles/chapter/Modern_forms_of_international_working/9500273 Fecha de última consulta: 30 de julio de 2021.

MCNULTY, Ivonne y BREWSTER, Chris: “Theorizing the meaning(s) of expatriate. Establishing boundary conditions for business expatriates”. *The International Journal of Human Resource Management*. 2016 [edición electrónica].

MENÉNDEZ DE MIGUEL, María: “Régimen fiscal especial para los trabajadores desplazados”. *Quincena Fiscal*. 2015, N.º 18, pp. 53-65.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, pp. 79-110.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Valladolid: Lex Nova, 2006.

MERCADER UGUINA, Jesús: “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y GARCÍA LASO, Agustín (editores): *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 95-116.

MINDERHOUD, Paul: “Revised Posted Workers Directive: in the service of fair labour mobility?”. *MoveS Seminar Croatia. Zagreb*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=21876&langId=en> Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2022.

MIRANDA BOTO, José: “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE)2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español”. *Temas Laborales*. 2019, N.º 149, págs. 71-100.

MIRANDA BOTO, José: “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) 1407/71”, en ARETA MARTÍNEZ, María y SEMPERE NAVARRO, Antonio: *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*. Murcia: Ediciones Laborum, 2009, pp. 105-117.

MOLINA MARTÍN, Amparo: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales”, En MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel; PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, pp. 291-311.

MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el seno de las empresas españolas”. *Trabajo y derecho*. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

MOLINA MARTÍN, Amparo: “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, pp. 97-122.

MOLINA MARTÍN, Amparo: *La movilidad geográfica de trabajadores: régimen jurídico-laboral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2010, 376 p.

MOLL NOGUERA, Rafael: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*. 2017, Vol. 5, N.º 1, 32 p. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/463 Fecha de última consulta: 21 de octubre de 2017.

MONTOYA MELGAR, Alfredo: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*. 2004, N.º 48, pp. 135-145.

MUÑOZ RUIZ, Ana: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2009, 386 p.

NAVARRO JÚLVEZ, Diego: “Las políticas de movilidad europea en las compañías multinacionales”, en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores.): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 269-288.

OJEDA AVILÉS, Antonio: “Hacia un modelo de arbitraje laboral internacional”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 89-112.

OJEDA AVILÉS, Antonio: “Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación”. *Trabajo y derecho*. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho transnacional del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 375 p.

PALAO MORENO, Guillermo: “La competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo en el Convenio de Lugano”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 439, págs.115-140.

PALAO MORENO, Guillermo: “Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)”. *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 1, pp. 219-251.

PÁRAMO MONTERO, Pablo: La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores. *Trabajo y Derecho*. 2015, N.º 3 [edición electrónica].

PARLAMENTO EUROPEO. La igualdad entre hombres y mujeres. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres> Fecha de última consulta: 02 de diciembre de 2021.

PARRA GUTIÉRREZ, Juan: “El desplazamiento de trabajadores tras la Directiva 2018/957. Razones para la reforma, principales aspectos y perspectivas de futuro”. *Trabajo y derecho*. 2020, N.º 65 [edición electrónica].

PASCUAL FAURA, Marcelo y ESCALERA IZQUIERDO, Gregorio: “La gestión de la expatriación: conceptos y etapas clave”. *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*. 2006, N.º 2870, pp. 43-53. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28119775_La_gestion_de_la_expatriacion_conceptos_y_etapa_clave. Fecha de última consulta: 22 de enero de 2018.

PASTOR MARTÍNEZ, Albert: “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”. *Iuslabor*, 2019, N.º 1, pp. 205-206.

PASTOR PALOMAR, Antonio: “Análisis normativo post-Brexit para las empresas españolas”. *La Ley Unión Europea*. Febrero 2022, N.º 100 [edición electrónica].

PEDRAJAS MORENO, Abdón: *La excedencia laboral y funcionarial*. Madrid: Montecorvo, 1983, 502 p.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz: *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. 2ª Edición. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008, 218 p.

POCAR, Fausto: “Informe explicativo: Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. *Diario Oficial de la Unión Europea*. 23 de diciembre de 2009.

POQUET CATALÁ, Raquel: “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva”. *Iuslabor*. 2015, N.º 2 [edición electrónica].

QUINTERO LIMA, María Gema: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores fuera de la Unión Europea: Aspectos laborales sensibles”, en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (director): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, pp. 209-250.

QUINTERO LIMA, María Gema: “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2012, Vol. 4, N.º 1, pp. 180-221.

QUIÑONES ESCAMEZ, Ana: “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2002, N.º 12, pp. 435-453.

RAMÓN PIN, José y GARCÍA LOMBARDÍA, Pilar: “Los retos de la expatriación: aproximación empírica”. Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-86.pdf> Fecha de última consulta: 2 de agosto de 2021.

RIBES MORENO, María: “El concepto de trabajador temporalmente desplazado”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (coordinadora): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier, 2017, pp. 97-119.

RIVAS VALLEJO, Pilar: “La contratación de prestaciones laborales por parte de personas menores de edad: capacidad y especialidades”. *La Ley Derecho de Familia*. 2017, N.º 13 [edición electrónica].

RIVAS VALLEJO, Pilar: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, 267 p.

RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan: “El impacto de las cláusulas sociales de los Tratados de Libre Comercio y de los Acuerdos Marco Internacionales en la protección de los derechos laborales”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (director) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 69-88.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”. *Diario La Ley*. 24 de marzo de 2020, N.º 9600 [edición electrónica].

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de*

noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 351-376.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein”. *Relaciones Laborales*. 2009, N.º 15/16, pp. 161- 184.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2017, N.º 132, pp. 17-48.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”. *Revista Temas Laborales*. 2009, Vol. 2, N.º 100, Vol. 2, pp. 517-550.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?”. *Relaciones Laborales*. 2008, N.º 15/16, pp. 213-244.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo. *Relaciones Laborales*. 2000, N.º 1, pp. 273-300.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”. *Relaciones Laborales*. 1999, N.º 23, pp. 78-85.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “La difícil coyuntura del derecho del trabajo”. *Relaciones Laborales*. 2011, N.º 20, pp. 75-87.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”. *Relaciones Laborales*. 1991, Tomo II, p. 47.

ROJAS RIVERO, Gloria: “El sindicalismo global frente a las multinacionales: problemas de regulación, legitimidad y negociación”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 39-67.

ROMERO FUENTES, Jessica: “La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas del núcleo duro de condiciones laborales”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 440, pp. 93-112.

ROSENDE VILLAR, Cecilia: “Principales novedades del reglamento nº 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. *Unión Europea Aranzadi*. 2014, N.º 11 [Edición electrónica].

SALA FRANCO, Tomás y LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique: “Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*. 2019, N.º 439, pp. 21-53.

SALA FRANCO, Tomás: “La movilidad geográfica”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2005, N.º 58, pp. 99-112.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado estatal a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (director): *Problemas actuales de aplicación del del Derecho Internacional Privado por los jueces españoles*. Cuadernos de Derecho judicial. 1997, N.º 1, págs. 337-375.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE (1)”. *La Ley Unión Europea*. 2015, N.º 32, 30 p.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. 2016, N.º 124, pp. 113-141.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 220 p.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “El modelo normativo del nuevo Derecho Transnacional del Trabajo”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga; MAGALLÓN ELOSEGUI, Nerea (directoras) y GORROCHATEGUI POLO, María (coordinadora): *Derecho transnacional del trabajo, Derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2022, pp. 17-38.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*. Madrid: Cinca, 2015, pp.15-29.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto” *Trabajo y derecho*. 2015, N.º 1 [edición electrónica].

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “La transnacionalización del derecho del trabajo y las multinacionales españolas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española: una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Cinca, 2014, pp. 85-94.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, pp. 202-234.

SASTRE IBACACHE, Rafael: “Algunas claves para un sindicalismo también globalizado”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y GARCÍA LASO, Agustín (editores): *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 177-206.

SCHÖMANN, Isabelle y GUEDES, Coralie: *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*. Bruselas: ETUI, 2012, 65 p. Disponible en: <https://www.etui.org/sites/default/files/R125%20Temp%20agency%20work%20for%20Netlex%20Conf%20Web%20version.pdf> Fecha de última consulta: 28 de diciembre de 2021.

SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, 272 p.

SERRANO OLIVARES, Raquel: “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 59-100.

SERRANO OLIVARES, Raquel: *La movilidad geográfica transnacional*. Valladolid: Lex Nova, 2000, 211 p.

SERRANO OLIVARES, Raquel: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Madrid: CES, 2000, 343 p.

SOLÀ MONELLS, Xavier: *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*. Albacete: Bomarzo, 2015, 99 p.

SOLÀ MONELLS, Xavier: *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*. Madrid: La Ley, 2002, 694 p.

SOLER ARREBOLA, José A.: “Los Acuerdos Marco Internacionales suscritos por las empresas españolas: encuadramiento y caracterización general”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (director): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, pp. 155-180.

SUUTARI, Vesa y BREWSTER, Chris: "Beyond expatriation: Different forms of international employment", en SPARROW, Paul (editor): *Handbook of International Human Resource Management: Integrating people, process and context*. Chichester: Wiley Editors, 2009 [edición electrónica].

SWD (2016) 52 final. Commission staff working document. Impact assessment. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0052&from=HU> Fecha de última consulta: 02 de marzo de 2022.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita: "Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores". *Trabajo y Derecho*. 2016, N.º 23, pp. 80-86.

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: *Aspectos jurídico-laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2008, 279 p.

TODOLÍ SIGNES, Adrián: "La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo" *Revista de información laboral*. 2016, N.º 1 [edición electrónica].

TORMOS PÉREZ, Juan: "De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la directiva 2014/67/UE". *Revista de información laboral*. 2015, N.º 5, pp. 25-37.

TORROJA MATEU, Helena: "La aplicación de las normas internacionales del trabajo", en BONET PÉREZ, Jordi y OLESTI RAYO, Andreu (directores): *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 71-87.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel: *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de la jornada tras la reforma laboral de 2012*. Albacete: Editorial Bomarzo, 90 p.

USHAKOVA, Tatsiana: "Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea". *Relaciones Laborales*. 2011, N.º 22 [edición electrónica].

VALDÉS VERELST, Reyes: "Libertad de circulación de los trabajadores", en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y ZUFIAUR NARVAIZA, José (directores): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 73-105.

VALVERDE ASECIO, Antonio: "Cuantía mínima del salario", en CASAS BAAMONDE, María y DEL REY GUANTER, Salvador (directores): *Comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: Consejo económico y social, 2002, pp. 101-126.

VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel: "Is Europe Losing Its Soul? The European Social Model in Times of Crisis", en VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel (editor): *The european social model in times of crisis and austerity policies*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2014, pp. 9-101. Disponible en: http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/2014/114B09_14_engl.pdf Fecha de última consulta: 29 de septiembre de 2017.

VERSCHUEREN, Herwig: "The CJEU endorses the revision of the Posting of Workers Directive". *ERA Forum*, N.º 22, pp. 557-567.

VILLA FOMBUENA, María: "Jurisdicción y ley aplicable a los desplazamientos transnacionales", en MARTINEZ-GIJON MACHUCA, Miguel (coordinador); PEREZ GUERRERO, María; QUINTERO LIMA, María (directoras): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*. Murcia: Laborum, 2020, pp. 47-79.

VILLA FOMBUENA, María: *La prestación de servicios transnacional: una nueva perspectiva de análisis*. Granada: Editorial Comares, 2018.

VILLARREAL LARRINAGA, Oskar: "La internacionalización de la empresa y la empresa multinacional: una revisión conceptual contemporánea". *Cuadernos de gestión*. 2005, Vol. 5, N.º 2, pp. 55-74.

WERTHER, William B. y DAVIS, Keith: *Administración de recursos humanos. El capital humano de las empresas*. 6ª Edición. Ciudad de México: McGraw Hill, 2008, 610 p.

ZAHN, Rebecca: "Revision of the Posted Workers Directive: A Europeanisation Perspective". *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2017, N.º 19, pp. 187-210.

ZUFIAUR NARVAIZA, José: "La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo". *Relaciones Laborales*. 2006, N.º 21, pp.1225-1252.